

# VU Research Portal

## **Praktijk onderzoek personenvennootschappen: resultaten, analyse en oplossingsrichtingen**

van Veen, W.J.M.

### ***published in***

Postmoderne rechtsvormen, Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht  
2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

van Veen, W. J. M. (2013). Praktijk onderzoek personenvennootschappen: resultaten, analyse en oplossingsrichtingen. In *Postmoderne rechtsvormen, Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht* (pp. 12-39). (ZIFO-reeks; No. 8). Kluwer.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## **Postmoderne rechtsvormen**

*Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht*



# Postmoderne rechtsvormen

## Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht

*met bijdragen van:*

mr. F. van Horzen en prof. mr. J.W. Bellingwout

prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers

mr. A.J.S.M. Tervoort

prof. mr. W.J.M. van Veen

prof. mr. I.S. Wuisman

Ontwerp omslag H2R Vormgeving & Communicatie

ISBN 978 90 13 11405 8  
NUR 827 715

© 2013 Kluwer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van de abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl).

## Inhoudsopgave

<b>Introductie</b>	9
<i>Prof. mr. W.J.M. van Veen</i>	
 <b>Praktijk onderzoek personenvennootschappen: resultaten, analyse en oplossingsrichtingen</b>	12
<i>Prof. mr. W.J.M. van Veen</i>	
1. Inleiding	12
2. De positionering van de personenvennootschap als rechtsvorm: in welke behoefte(n) voorziet de personenvennootschap	14
2.1. Waarom wordt de personenvennootschap verkozen boven de BV?	15
2.2. Zal er na flexibilisering van het BV-recht belangstelling blijven bestaan voor de personenvennootschap?	16
2.3. Heeft fiscale transparantie van de flex-BV invloed op de belangstelling voor de personenvennootschap?	16
2.4. Wat zijn de voordelen van de BV boven de personenvennootschap?	17
2.5. Belangrijkste bevindingen inzake de positionering van de personenvennootschap	18
3. De indeling van de personenvennootschappen: het onderscheid tussen maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap	19
3.1. Het onderscheid openbare maatschap – vennootschap onder firma	19
3.2. Het onderscheid beroep – bedrijf	21
3.3. Het onderscheid stil-openbaar	23
3.4. Belangrijkste bevindingen inzake de indeling van de personenvennootschappen	25
4. Is de (openbare) personenvennootschap voldoende toegerust?	27
4.1. Het afgescheiden vermogen	27
4.2. Rechtspersoonlijkheid voor de (openbare) personenvennootschap?	28
4.3. Voornaamste bevindingen inzake de toerusting van de personenvennootschap	33

5.	Dwingendrechtelijke regelingen	34
5.1.	Meer of minder dwingend recht?	34
5.2.	Handhaving, afschaffing of aanpassing Societas Leonina?	34
5.3.	Handhaving, afschaffing of aanpassing van het beheersverbod bij de CV?	35
5.4.	Voornaamste bevindingen dwingend recht	36
6.	Niet bevroegde knelpunten en problemen	36
7.	Slotconclusies	37

<b>Enige gedachten over de hoofdlijnen van een nieuwe opzet voor de personenvennootschap, mede in rechtsvergelijkend perspectief</b>	40
<i>Mr. A.J.S.M. Tervoort</i>	

1.	Inleiding	40
2.	Personenvennootschap als ondernemingsvorm	41
3.	Personenvennootschapsvormen en aansprakelijkheid	42
4.	Rechtsbevoegdheid/rechtspersoonlijkheid	46
5.	Dwingend recht en dwingendrechtelijke regelingen	49
6.	Conclusie	53

<b>De Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid</b>	54
<i>Prof. mr. I.S. Wuisman</i>	

1.	Inleiding	54
2.	Personenvennootschapsrecht	55
3.	Rechtsvormkeuze	55
4.	Toenemende aansprakelijkheid	56
5.	De BV, <i>one-size-fits-all</i> ?	56
6.	Wenselijkheid van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid	57
7.	De Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid	60
7.1.	Beperkte aansprakelijkheid: alleen voor beroep of ook voor bedrijf?	61
7.2.	Vennootschapsstructuur	62
7.3.	Aansprakelijkheid	62
7.4.	Fiscale classificatie	63
8.	Afronding	64

<b>Gevolgen van de invoering van de flex-BV voor de Wet VPB 1969</b>	65
<i>Mr. F. van Horzen, prof. mr. J.W. Bellingwout</i>	

1.	Inleiding	65
2.	Belastingplichtigen voor toepassing van de Wet VPB 1969: rechten en andere personen	65

3.	De passieve opstelling van de fiscale wetgever	67
4.	Het toetsingskader voor buitenlandse samenwerkingsverbanden	68
5.	Via flex-BV naar flex belastingplicht	69
<b>De flex-NV: een boodschappenlijstje</b>		71
<i>Prof. mr. Geert Raaijmakers</i>		
1.	Inleiding	71
2.	Verschillen tussen de NV en de BV	72
3.	Regulering van de NV	74
4.	Wensenlijstje voor verandering	74
5.	Slot	76
<b>Bijlage 1: Questionnaire personenvennootschappen</b>		77
<b>Bijlage 2: Onderzoeksresultaten Questionnaire 2012</b>		86





## Introductie

*Prof. mr. W.J.M. van Veen*

Op 14 juni 2011 vond het tweede congres van het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) plaats in het hoofdgebouw van de Vrije Universiteit te Amsterdam. Het ZIFO stelt zich ten doel om actuele, voor de rechtspraak relevante onderwerpen te behandelen die (nog) niet in wetgeving zijn vervat of waarvoor wetgeving of wetswijziging in voorbereiding is. Daarbij staat de maatschappelijke rol van het recht centraal alsook de vraag in welke richting het recht zich zou dienen te ontwikkelen.

In deze sleutel is ook het onderhavige congres – “Postmoderne rechtsvormen” – gezet, dat is ingegeven door de ontwikkelingen op het gebied van wetgeving ten aanzien van rechtsvormen voor ondernemingen. De wetgeving die moet leiden tot flexibilisering van het BV recht bevond zich ten tijde van het congres in een afrondende fase en is inmiddels in werking getreden. De te beantwoorden vraag is of hiermee het palet aan beschikbare rechtsvormen die het Nederlandse recht biedt, adequaat is. Moeten in vervolg op de modernisering van het BV-recht, niet ook de regelingen betreffende de personenvennootschap en de NV worden herijkt? Is ten aanzien van de aantrekkelijkheid BV nog winst te boeken door deze rechtsvorm voor meer toepassingen geschikt te maken? Deze vragen stonden centraal op dit congres.

In deze bundel is een schriftelijke uitwerking van de boeiende presentaties van de inleiders opgenomen in de volgorde waarin zij hun inleiding hebben gepresenteerd:

- prof. mr. W.J.M. van Veen, hoogleraar Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht, Vrije Universiteit, Amsterdam, special counsel Baker&McKenzie Amsterdam;
- mr. A.J.S.M. Tervoort, advocaat bij Anthos Advocaten te Amsterdam;
- prof. mr. I.S. Wuisman, hoogleraar Ondernemingsrecht, Universiteit Leiden;
- prof. mr. J.W. Bellingwout, hoogleraar Belastingrecht, Vrije Universiteit Amsterdam, KPMG Meijburg & Co; en
- prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, hoogleraar ondernemingsrecht en effectenrecht Vrije Universiteit, advocaat bij NautaDutilh.

Op 15 september 2011 kondigde de Minister van openbare orde, veiligheid en justitie aan voornemens te zijn om de beide wetsvoorstellen in te trekken die moesten

leiden tot de invoering van een nieuwe wettelijke regeling voor de personenvennootschappen.<sup>1</sup> De minister deed dit omdat hij tot de conclusie was gekomen ‘dat de primaire doelstelling van de wetgeving – het faciliteren van ondernemers – in beide wetsvoorstellen onvoldoende tot zijn recht komt.’<sup>2</sup> De voorgestelde regeling beantwoordde niet aan de in de praktijk levende wensen en behoeften. Op 15 december 2011 werd het wetsvoorstel definitief ingetrokken.<sup>3</sup>

Voor het ZIFO zijn deze ontwikkelingen aanleiding geweest om een praktijkonderzoek te doen naar de ervaringen met de huidige regeling van de personenvennootschappen en de in de praktijk levende behoeften. Hiertoe is een questionnaire ontwikkeld.<sup>4</sup> Deze is er op gericht om inzicht te krijgen in wat als aantrekkelijk wordt ervaren en op welke punten behoefte bestaat aan verandering of verbetering van de huidige regeling.

De heer Van Veen presenteert en analyseert de resultaten die uit dit onderzoek naar voren komen aan de hand van vier thema’s die in de questionnaire centraal staan: (i) de personenvennootschap als ondernemingsvorm. Hierbij gaat het vooral om het antwoord op de vraag om welke redenen en voor welke toepassingen de personenvennootschap aantrekkelijk is; (ii) de huidige indeling van de personenvennootschappen, waarbij de criteria ter onderscheiding van de verschillende rechtsvormen en hun kenmerken centraal staan; (iii) is de personenvennootschap voldoende toegerust, waarbij de vraag centraal staat of de goederenrechtelijke aspecten van de samenwerking adequaat zijn geregeld; en (iv) moet de wettelijke regeling meer of minder dwingend recht bevatten, bijvoorbeeld ten aanzien van de *societas leonina* en het ‘beheersverbod’ dat geldt voor de commanditaire vennoot.

De belangrijkste bevindingen uit het onderzoek zijn wellicht dat men met de huidige regeling goed uit de voeten kan, maar dat vooral ten aanzien van de goederenrechtelijke afwikkeling van het toe- en uitreden van vennoten significant winst kan worden geboekt. Overigens komt uit het onderzoek naar voren dat de huidige regeling lacuneus wordt bevonden en dat modernisering zou worden gewaardeerd. In de beschouwingen van Van Veen wordt een aantal mogelijke oplossingsrichtingen geschetst.

De beschouwingen over de wenselijke ontwikkeling van het recht inzake de personenvennootschap wordt voortgezet door de heer Tervoort. In zijn boeiende beschouwingen belicht hij de hierboven genoemde thema’s vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Enkele van de kernpunten in zijn betoog betreffen de kwestie of Nederland er goed aan zou doen een personenvennootschapsvorm met beperkte aansprakelijkheid te introduceren, of de openbare personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid zou moeten worden

---

1 Het betreft de wetsvoorstellen 28 746 (Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek) en 31 065 (Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek)).

2 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 065, D.

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 28 746, nr. 7.

4 Zie bijlage 1 achter in deze bundel.

toegerust en hoe in een nieuwe regeling zou moeten worden omgegaan met typisch dwingendrechtelijke onderwerpen zoals de *societas leonina* en het beheersverbod bij de commanditaire vennootschap.

De gedachtenvorming over de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid wordt verder gebracht door de beschouwingen van mevrouw Wuisman. Zij schetst in haar bijdrage de in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk ontwikkelde rechtsvormen die een vorm van beperkte aansprakelijkheid voor de vennoten in een personenvennootschap bieden. Vervolgens behandelt zij de wijze waarop een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in het Nederlandse recht zou kunnen worden ‘ingebouwd’. Interessante aspecten daarbij zijn de kenbaarheid van het beperkte aansprakelijkheidsregime jegens derden en de vraag of de ‘OVBA’ alleen voor de beoefenaren van het vrije beroep of ook voor de uitoefening van een bedrijf beschikbaar zou moeten worden.

Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat een van de belangrijkste voordelen van de BV ten opzichte van de personenvennootschap is dat de BV afscherming van persoonlijke aansprakelijkheid biedt. Het belangrijkste voordeel van de personenvennootschap ten opzichte van de BV is dat de personenvennootschap fiscaal transparant is. De schriftelijke bijdrage van de heren Van Horzen en Bellingwout gaat in op de mogelijkheid om voor de BV optioneel fiscale transparantie te introduceren. Zij tonen aan dat dergelijke figuren in tal van landen bestaan, waaronder in de VS en om het ‘dichter’ bij huis te houden, Aruba, en dat er feitelijk geen fundamentele bezwaren bestaan tegen het introduceren van een dergelijke figuur in Nederland. Vooralsnog lijkt vooral het ontbreken van politieke wil aan de introductie van een ‘check box’ voor de BV in de weg te staan.

Na de beschouwingen over de modernisering van de regeling betreffende de personenvennootschap en het vergroten van de aantrekkelijkheid van de BV, wordt door de heer Raaijmakers aandacht besteed aan de vraag of in navolging van het BV-recht niet ook het NV-recht zou moeten worden gemoderniseerd. Als het NV-recht niet wordt gemoderniseerd ontstaan er niet goed te verklaren verschillen tussen de NV en de BV, die aan de gebruiksvriendelijkheid van de NV niet ten goede komen. Daarnaast bepleit Raaijmakers onder meer een grondige herbezinning ten aanzien van de structuur van de regeling voor de NV, met een regeling voor de basis NV, en vervolgens waar daar behoefte aan is, een “sectorale uitwerking” in verschillende onderdelen toegespitst op de verschillende type NV’s.

De in deze bundel opgenomen beschouwingen bevatten waardevolle, op empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek gebaseerde analyses, inzichten en creatieve vondsten, die een bijdrage kunnen, en naar wij verwachten zullen, leveren aan een verdere modernisering en verbetering van het Nederlandse ondernemingsrecht.

Wij kijken terug op een geslaagd congres en bevelen de hier opgenomen bijdragen van harte ter lezing aan.

# Praktijk onderzoek personenvennootschappen: resultaten, analyse en oplossingsrichtingen

*Prof. mr. W.J.M. van Veen\**

## 1. Inleiding

Op 15 september 2011 kondigde de Minister van openbare orde, veiligheid en justitie aan voornemens te zijn om de beide wetsvoorstellen in te trekken die moesten leiden tot de invoering van een nieuwe wettelijke regeling voor de personenvennootschappen.<sup>1</sup> De minister deed dit omdat hij tot de conclusie was gekomen ‘dat de primaire doelstelling van de wetgeving – het faciliteren van ondernemers – in beide wetsvoorstellen onvoldoende tot zijn recht komt.’<sup>2</sup> De voorgestelde regeling beantwoordde niet aan de in de praktijk levende wensen en behoeften. Op 15 december 2011 werden de wetsvoorstellen definitief ingetrokken.<sup>3</sup>

De discussie over en de roep om een nieuwe, moderne regeling voor de personenvennootschap zijn door de intrekking van de wetsvoorstellen niet verstomd.<sup>4</sup> Een veel gehoord bezwaar tegen de huidige regeling is dat zij gedateerd en lacuneus is. In de Tweede Kamer heeft de intrekking van de genoemde wetsvoorstellen geleid tot vragen aan de minister over onder meer welke koers de minister nu voor ogen staat. In antwoord hierop gaf de minister aan een nieuw wetgevingstraject eerst in overweging te willen nemen indien blijkt of en, zo ja, welke kwesties in de praktijk leven die wetwijziging wenselijk maken. Hierbij werd ook de verhouding tussen de flex-BV en de personenvennootschap betrokken.<sup>5</sup>

Voor het ZIFO zijn deze ontwikkelingen aanleiding geweest om een praktijkonderzoek te doen naar de ervaringen met de huidige regeling van de personenvennootschappen en de in de praktijk levende behoeften. Hiertoe is een questionnaire

---

\* Hoogleraar Vennootschaps- en rechtspersonenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, special counsel ondernemingsrecht Baker & McKenzie Amsterdam, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).

1 Het betreft de wetsvoorstellen 28 746 (Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek) en 31 065 (Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek)).

2 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 065, D.

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 28 746, nr. 7.

4 Zie o.m. de verschillende bijdragen in *Ondernemingsrecht* 2012/6 en H. Koster, ‘Herziening personenvennootschappen: Nieuwe ronde, nieuwe kansen?’, *WPNR* 6941 (2012), p. 592 e.v.

5 *Handelingen II* 2011/12.

ontwikkeld.<sup>6</sup> Deze is er op gericht om inzicht te krijgen in wat als aantrekkelijk wordt ervaren en op welke punten behoefte bestaat aan verandering of verbetering van de huidige regeling.

Hierbij ligt de nadruk op de hoofdlijnen. Er zijn tal van kwesties waarover men van mening kan verschillen. Ik noem bijvoorbeeld de vraag of er een specifieke verjaarsregeling moet worden opgenomen voor een uitgetreden vennoot ten aanzien van verbintenissen van de vennootschap waarvoor hij aansprakelijk is en of een toegetreden vennoot al dan niet aansprakelijk moet zijn voor verbintenissen van de vennootschap die dateren van vóór zijn toetreding. Deze kwesties zijn uiteraard van belang maar toch niet in overwegende mate bepalend voor de aantrekkelijkheid van de personenvennootschap als rechtsvorm.

De questionnaire bestaat uit 19 meerkeuze vragen en 1 open vraag. Bij het merendeel van de meerkeuzevragen is de respondent in de gelegenheid gesteld om een nadere toelichting te geven. Waar daartoe aanleiding was, is een meerkeuzevraag afgesloten met een open vraag om de respondent in de gelegenheid te stellen andere dan de genoemde alternatieven te noemen.<sup>7</sup> De laatste (open) vraag van de questionnaire luidt of er naar de mening van de respondent nog knelpunten of problemen zijn in de huidige regeling van de personenvennootschap die in de questionnaire niet aan de orde zijn geweest en, zo ja, welke dat zijn.

De questionnaire is verspreid onder de leden van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Register Belastingadviseurs en de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs. Daarnaast is de questionnaire breed onder de aandacht gebracht door aankondigingen in de elektronische nieuwsbrief Inzicht Ondernemingsrecht, de tijdschriften Ondernemingsrecht, NJB en TvoB en, tot slot de website van het ZIFO. Het aantal respondenten bedraagt 261. De resultaten zijn statistisch weergegeven in een bijlage bij deze beschouwing.<sup>8</sup>

In hoofdlijnen valt het onderzoek uiteen in vier thema's, die ik hierna aan de orde stel. Het eerste thema dat ik bespreek, betreft de personenvennootschap als ondernemingsvorm, afgezet tegen de BV (§ 2). Hierbij gaat het vooral om het antwoord op de vraag om welke redenen en voor welke toepassingen de personenvennootschap aantrekkelijk is. Het tweede thema heeft betrekking op de huidige indeling van de personenvennootschappen, waarbij de criteria ter onderscheiding van de verschillende rechtsvormen en hun kenmerken centraal staan (§ 3). Het derde thema is of de personenvennootschap voldoende is toegerust. Is het huidige regime met betrekking tot de goederenrechtelijke aspecten van de samenwerking in een personenvennootschap adequaat of is op dit punt verbetering of verandering wenselijk (§ 4)? Het laatste thema ziet op de aard van de regeling. Deze is nu overwegend regelend van aard, maar kent enkele bepalingen die dwingendrechtelijk van aard zijn, zoals met

---

<sup>6</sup> Zie bijlage 1 achter in deze bundel.

<sup>7</sup> Dit betreft de vragen 1, 2, 17, 18 en 19.

<sup>8</sup> Zie bijlage 2 achter in deze bundel.

betrekking tot de societas leonina en het ‘beheersverbod’ dat geldt voor de commanditaire vennoot (§ 5). Wat zijn de ervaringen met deze regelingen en is handhaving of verandering wenselijk? Ik sluit af met een overzicht van de belangrijkste bevindingen uit het onderzoek en oplossingsrichtingen die bij een nieuw te ontwerpen regeling als uitgangspunt genomen kunnen worden.

Bij de bespreking worden de statistieken als uitgangspunt genomen. Daarnaast besteed ik aandacht aan de toelichtingen die op de meerkeuze vragen zijn gegeven. Bij de verwerking van de toelichtingen bleek ten behoeve van de overzichtelijkheid een selectie noodzakelijk. Een incidentele opvatting die wegvalt tegen de statistieken benoem ik niet. Een enkele maal wordt bijvoorbeeld genoemd dat het strakke wettelijke kader voor de BV een voordeel is van de BV ten opzichte van de personenvennootschap. Uit de statistieken blijkt echter dat de contractsvrijheid die heerst ten aanzien van de personenvennootschap breed gedragen wordt en als een belangrijk pluspunt wordt gezien. Een enkele maal ook wordt gepleit voor notariële tussenkomst bij de oprichting van een personenvennootschap, terwijl het algemene beeld is dat juist het ontbreken van formaliteiten – en de daarmee gemoeide kosten – als een van de aantrekkelijkste eigenschappen van de personenvennootschap wordt gezien.

Opmerkingen als deze komen daarom hierna in de overzichten niet terug. Hiermee wil ik niet zeggen dat zij niet van waarde zouden zijn. Er kan aanleiding zijn deze en andere aspecten in voorkomende gevallen bij de advisering van cliënten te betrekken. De uitkomsten uit de questionnaire geven echter aan dat het geen kwesties zijn die leidend zouden moeten zijn bij het schetsen van het wenselijke recht betreffende de personenvennootschap. Om deze reden blijven opmerkingen als deze buiten beschouwing.

## **2. De positionering van de personenvennootschap als rechtsvorm: in welke behoefte(n) voorziet de personenvennootschap**

De eerste vragen van de questionnaire zijn er op gericht om inzichtelijk te maken in welke behoeften de personenvennootschap specifiek voorziet. Hiertoe is de respondenten gevraagd naar de redenen waarom in de praktijk wordt gekozen voor de personenvennootschap in plaats van voor de BV. Aan de keuze voor de BV als referentiekader ligt ten grondslag dat de BV evenals de personenvennootschap veel in het MKB wordt gebruikt en bovendien recent is geflexibiliseerd. Mijn beeld is overigens dat de uitkomsten uit de questionnaire voor het merendeel niet alleen in relatie tot de BV maar ook in relatie tot de andere rechtspersoonsvormen relevant zijn. Een interessante vraag is in dit verband of men verwacht dat door de flexibilisering van het BV-recht, de BV een concurrent wordt voor de personenvennootschap.

De vragen belichten verschillende aspecten van dit thema. De eerste twee vragen betreffen de verhouding van de personenvennootschap tot de BV in haar huidige vorm. Deze vragen zijn inventariserend van aard. Het doel van deze vragen is om in beeld te

krijgen welke kenmerken van de personenvennootschap bepalend zijn voor haar aantrekkingskracht en functioneren. De derde vraag heeft betrekking op de verhouding tot de flex-BV. De vierde vraag betreft de veronderstelde situatie dat de BV niet alleen is geflexibiliseerd maar bovendien, desgewenst, fiscaal transparant kan worden gemaakt.

### 2.1. *Waarom wordt de personenvennootschap verkozen boven de BV?*

De eerste vraag in de questionnaire heeft betrekking op de redenen waarom een personenvennootschap wordt verkozen boven de BV. De antwoorden op deze vraag geven een beeld van de eigenschappen van de personenvennootschap en de regeling van de personenvennootschap die bij een eventueel nieuw te ontwerpen regeling bij voorkeur behouden zouden moeten blijven. In de questionnaire is naast een aantal keuzemogelijkheden een open vraag opgenomen. In dit verband merk ik op dat de hieronder weergegeven uitkomsten zich lenen voor enige nuancering. De reden hiervoor is dat indien de bij de open vragen genoemde kenmerken expliciet als keuzemogelijkheid zouden zijn gepresenteerd, zij wellicht een significant percentage zouden hebben gescoord.

Dit gezegd zijnde is de score op de in de questionnaire gegeven keuzes als volgt:<sup>9</sup>

- |   |     |
|---|-----|
| • Minder formaliteiten (gemakkelijk op te richten en afspraken aan te passen) | 60% |
| • Grotere vrijheid van inrichting   | 54  |
| • Goedkoper (oprichting, aanpassing, opheffing)                               | 45% |
| • Flexibeler t.a.v. terugbetaling/uitkering                                   | 33% |
| • Afwezigheid (formele) liquidatieprocedure                                   | 17% |
| • Afwezigheid taalvoorschrift   | 3%  |

In het kader van de open vraag wordt in aanvulling hierop genoemd:

- Traditie/bekendheid
- Persoonlijker/minder 'zakelijk' (familiebedrijven/man-vrouw maatschappen)
- Minder 'onderhoudskosten' ('geen publicatie jaarstukken'/minder administratieve rompslomp)
- Behoud overzichtelijke bedrijfsstructuren
- Geen aandeelhoudersovereenkomst nodig (naast BV-statuten bijvoorbeeld bij joint ventures)
- Flexibeler t.a.v. inbreng, kapitaalstorting
- Soepeler bij bedrijfsopvolging
- Vertrouwelijkheid van de vennootschapsovereenkomst

Men kan betogen dat een aantal van de hierboven genoemde kenmerken ook wel gerangschikt zouden kunnen worden onder een of meer van de expliciet in de questionnaire genoemde alternatieven. Dit is echter mijns inziens voor het beeld dat uit de resultaten opkomt niet zo van belang.

---

9 De genoemde percentages in deze bijdrage zijn afgerond. De exacte percentages zijn te vinden in bijlage 2.



2.2. *Zal er na flexibilisering van het BV-recht belangstelling blijven bestaan voor de personenvennootschap?*

De als derde gestelde vraag is of de flexibilisering van het BV-recht verandering zal brengen in de belangstelling voor de personenvennootschap. De antwoorden op deze vraag kunnen meer inzicht bieden in wat wordt gezien als de sterke kanten van de personenvennootschap.

Uit de questionnaire komt naar voren dat het overgrote deel van de respondenten verwacht dat de invoering van de flex-BV er niet aan afdoet dat er belangstelling zal blijven bestaan voor de personenvennootschap (ruim 74%).

Als redenen hiervoor worden genoemd:

- Fiscale transparantie
- Eenvoudiger, meer flexibiliteit, minder formaliteiten, toe- en uittreding gemakkelijker
- Minder kosten (oprichting, administratie, lagere kosten jaarrekening, deponeering)
- Personenvennootschappen ontstaan soms zonder expliciete keuze
- Herkenbaarheid internationaal
- Geen taalvoorschrift
- De overeenkomst is niet openbaar
- De flex-BV is te onzeker/onduidelijk/onwerkbaar/verliest status/dekt niet alle persoonlijke aansprakelijkheid af/aansprakelijkheid bestuurders voor uitkeringen aan aandeelhouders (meer belangstelling voor de NV/coöperatie)

En voorts,

- De personenvennootschap is:
  - aantrekkelijker voor beginners/eenvoudige ondernemers
  - aantrekkelijker voor tijdelijke samenwerkingsverbanden
  - de logische eerste stap naar (verdere) samenwerking
  - gebruikelijk binnen bepaalde sectoren (agrarische sector/ afstemming met subsidieregelingen, medische beroepen, de bouw etc.)

Zo'n 8% van de respondenten gaf aan dat de flexibilisering van het BV-recht ertoe zal leiden dat er geen belangstelling meer zal bestaan voor de personenvennootschap. Hiertoe voeren zij aan dat de flexibilisering de belangrijkste praktische bezwaren tegen de BV oplost en dat de BV dan de voordelen van beide vormen combineert.

2.3. *Heeft fiscale transparantie van de flex-BV invloed op de belangstelling voor de personenvennootschap?*

Om de positionering van de personenvennootschap als civielrechtelijke rechtsvorm ten opzichte van de BV scherper te krijgen, is in vraag 4 de vraag gesteld of men verwacht dat de belangstelling voor de personenvennootschap zal afnemen indien ten

aanzien van de BV voor fiscale transparantie zou kunnen worden geopteerd. Opvallend is dat een overgrote meerderheid van ruim 85% verwacht dat er ook dan belangstelling zal bestaan voor de personenvennootschap. Ruim 51% verwacht wel een afname van de belangstelling terwijl bijna 34% verwacht dat er geen verandering in belangstelling zal optreden. Uit de resultaten blijkt derhalve dat een overgrote meerderheid verwacht dat er ook na invoering van de flex-BV belangstelling voor de personenvennootschap zal blijven bestaan. Als redenen hiervoor worden aangevoerd dat:

- De BV voor eenvoudige toepassingen minder aantrekkelijk blijft
- De personenvennootschap goedkoper blijft
- Meer flexibiliteit/minder formaliteiten bij de personenvennootschap blijft
- De personenvennootschap de equivalent blijft voor buitenlandse partnerships

Ruim 5% van de respondenten verwacht, althans in hun praktijk, geen belangstelling meer voor de personenvennootschap. Als reden wordt aangevoerd dat de keuze voor de personenvennootschap fiscaal gedreven is.

#### 2.4. *Wat zijn de voordelen van de BV boven de personenvennootschap?*

De questionnaire bevatte ook een vraag naar de redenen waarom een BV – buiten fiscale redenen - wordt verkozen boven de personenvennootschap. De kanttekeningen die zijn gemaakt bij de beantwoording van vraag 1 (zie § 2.1), omtrent de betekenis van de bij de keuzemogelijkheden genoemde percentages en dat een aantal van genoemde alternatieven ook wel gerangschikt zouden kunnen worden onder een of meer van de in de questionnaire opgenomen keuzemogelijkheden, zijn hier van overeenkomstige toepassing.

De score op de in de questionnaire gegeven keuzes is als volgt:

- |   |     |
|---|-----|
| • Rechtspersoonlijkheid (afscherming van zakelijk vermogen en privé vermogen) | 82% |
| • Afscherming van persoonlijke aansprakelijkheid                              | 81% |
| • Strak juridisch kader   | 17% |
| • Beter bekend met BV/NV  | 14% |
| • Notariële tussenkomst bij oprichting  | 10% |

In het kader van de open vraag wordt in aanvulling hierop genoemd:

- Meer status ('Je telt pas mee als je in een BV onderneemt')
- Internationale herkenbaarheid (belastingverdragen)
- Strak wettelijk kader/transpanter/minder onduidelijkheden
- Vennootschappelijk verband wordt als zekerheid ervaren
- Gemakkelijker in te passen in (internationale) groepsstructuren
- Gemakkelijker eigen vermogen aantrekken
- Gemakkelijker over te dragen
- Duidelijke eigendomsverhoudingen
- Juridische fusie en -splitsing eenvoudiger

2.5. *Belangrijkste bevindingen inzake de positionering van de personenvennootschap*

Uit de resultaten blijkt onmiskenbaar dat er behoefte bestaat aan de personenvennootschap als rechtsvorm voor ondernemingen. Deze behoefte zal blijven bestaan na flexibilisering van het BV-recht, ook indien zou kunnen worden geopteerd voor fiscale transparantie voor de BV. Dit laatste zou overigens wel, en dat is geen verrassende uitkomst, tot verminderde belangstelling voor de personenvennootschap leiden. Hieruit kan worden afgeleid dat er ook behoefte bestaat aan fiscale transparantie voor de BV. Voor een bespreking van dit onderwerp verwijs ik naar de bijdrage van Van Horzen en Bellingwout elders in deze bundel.

De belangrijkste positieve kenmerken van de personenvennootschappen die uit de resultaten naar voren komen kunnen – afgezien van de fiscale transparantie – mijns inziens als volgt samengevat worden weergegeven:

- Goedkoop
- Eenvoudig
- Informeel
- Soepel (oprichting, wijziging, opheffing)
- Weinig restricties (taalvoorschriften, inbreng en terugbetaling etc.)
- Minder administratieve rompslomp
- Vertrouwelijkheid afspraken
- Traditie in bepaalde sectoren (medische zorg, landbouw etc.)

De personenvennootschap voorziet, gezien de herhaalde verwijzingen naar haar internationale herkenbaarheid, de afwezigheid van een taalvoorschrift en het feit dat het vennootschapscontract niet openbaar hoeft te worden gemaakt, kennelijk in een behoefte als het gaat om de meer geavanceerde toepassingen in internationale structuren en joint ventures. Vooral aspecten als flexibiliteit ten aanzien van de inrichting en afwezigheid van restricties lijken hier van belang.

De resultaten laten echter ook nadrukkelijk zien dat de personenvennootschap vooral voor eenvoudige ondernemers en ondernemingen alsmede als eerste stap naar verdere samenwerking voorziet in een behoefte. Hierbij lijken aspecten als traditie in bepaalde sectoren, het informele karakter en de eenvoud waarmee de personenvennootschap kan worden aangegaan, gedreven en opgeheven op de voorgrond te staan.

De kenmerken die de BV aantrekkelijker maken dan de personenvennootschap (zie § 2.4), kunnen inzicht geven in de punten waarop de regeling voor de personenvennootschap aantrekkelijker gemaakt zou kunnen worden. Vanzelfsprekend kunnen niet alle punten naar de personenvennootschap worden overgebracht. Ten aanzien van de laatste drie punten genoemd in § 2.4 liggen er naar mijn mening echter wel mogelijkheden. Indien de personenvennootschap bijvoorbeeld rechtspersoonlijkheid zou verkrijgen, zou dit de wisseling van vennoten in de personenvennootschap vereenvoudigen. Ook de scheiding tussen privé en zakelijk vermogen zou

er door worden verduidelijkt. Rechtspersoonlijkheid zou voorts een regeling voor fusies en splitsingen gemakkelijker in beeld brengen omdat de juridische fusie en -splitsing in het rechtspersonenrecht bekend zijn. Hiermee is overigens niet gezegd dat de fusie- en splitsingsregeling die is opgenomen in Boek 2 BW, zonder meer geschikt zou zijn voor toepassing op de personenvennootschap.

De kwestie of de personenvennootschap al dan niet met rechtspersoonlijkheid zou moeten worden bekleed, komt hierna in § 4 aan de orde en zal ook worden besproken door Tervoort elders in deze bundel.

### **3. De indeling van de personenvennootschappen: het onderscheid tussen maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap**

#### *3.1. Het onderscheid openbare maatschap – vennootschap onder firma*

Het tweede thema heeft betrekking op de huidige indeling van de personenvennootschappen. Dit betreft het onderscheid tussen maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap. Eén van de criteria die bij het trekken van de scheidslijn van belang is, is het onderscheid tussen bedrijf en beroep. In het inmiddels ingetrokken ontwerp voor Titel 7.13 – hierna verder aangeduid als het ontwerp Titel 7.13 - werd dit onderscheid opgeheven. Dit zou er onder meer toe hebben geleid dat het onderscheid tussen de openbare maatschap en de vennootschap onder firma op het punt van de externe aansprakelijkheid van de vennoten zou worden opgeheven.

Dit uitgangspunt in het ontwerp Titel 7.13 is aanleiding geweest voor het voorleggen van de vraag of het wenselijk is dat de wet voorziet in een openbare personenvennootschap waarbij de vennoten in beginsel alleen zichzelf binden en niet de medevennoten, zoals bij de maatschap het geval is (art. 7A:1681 BW).<sup>10</sup> De vraag luidt: “Acht u het wenselijk dat de wet voorziet in een personenvennootschap waarbij, ook indien wordt gehandeld onder gemeenschappelijke naam, de maten/vennoten – behoudens volmacht – alleen zichzelf en niet de mede vennoten persoonlijk verbinden.”<sup>11</sup>

Op deze vraag werd door bijna 48% van de respondenten positief geantwoord. 36% van de respondenten beantwoordde de vraag negatief. 16% van de respondenten geeft aan dat deze kwestie in hun praktijk niet aan de orde is. Een meerderheid van de respondenten die zich een mening hebben gevormd over deze kwestie, beantwoordt de gestelde vraag derhalve bevestigend.

---

<sup>10</sup> Ik laat de kwestie dat door het handelen onder gemeenschappelijke naam binding wegens gewekte van schijn van volmacht (art. 3:61 lid 2 BW) mogelijk eerder kan worden aangenomen buiten beschouwing. Zie hierover Asser-Maeijer V, nr. 106 e.v.

<sup>11</sup> Vraag 6.

Hierbij plaats ik de kanttekening dat in de vraagstelling geen onderscheid is gemaakt tussen de (openbare) personenvennootschap gericht op de uitoefening van een beroep en die tot uitoefening van een bedrijf. Naar huidig recht bestaat de vennootschapsvorm zoals hier beschreven, alleen voor het vrije beroep, namelijk de maatschap. In het ontwerp Titel 7.13 zou deze vennootschapsvorm zijn verdwenen,<sup>12</sup> hoewel, naar blijkt uit resultaten van de questionnaire, deze rechtsvorm in een behoefte voorziet.

In een nieuwe regeling kan - er vanuit gaande dat de wetgever in deze behoefte wil voorzien - ervoor worden gekozen om aan te sluiten bij het huidige recht en deze vennootschapsvorm te behouden voor het vrije beroep. Het alternatief is om het onderscheid tussen beroep en bedrijf op te heffen en deze vennootschapsvorm ook voor de uitoefening van een bedrijf open te stellen. Daarmee zou een variant van de 'vennootschap onder firma' met een gemitigeerd aansprakelijkheidsregime worden ingevoerd. Crediteuren hebben dan verhaal op de firmant waarmee zij hebben gehandeld en op het vermogen van de vennootschap, maar niet op het privévermogen van de overige firmanten.<sup>13</sup>

Uit de toelichting die door een aantal van de respondenten is gegeven, komt geen eenduidig beeld naar voren met betrekking tot de te maken keuze of deze rechtsvorm alleen voor het vrije beroep of ook voor het bedrijf beschikbaar zou moeten zijn. Een aantal respondenten geeft expliciet aan dat een dergelijke vennootschapsvorm specifiek voor het vrije beroep wenselijk is, andere respondenten geven aan dat het aansprakelijkheidsregime ter keuze van partijen zou moeten zijn, ongeacht of sprake is van beroep of bedrijf. Hierbij wordt van belang geacht dat deze keuze ook jegens derden helder tot uitdrukking moet komen. Bijvoorbeeld doordat aan de naam van de vennootschap wordt toegevoegd 'maatschap' - eventueel verkort tot 'mts' - of aanduidingen als 'UA' of 'BA'. Derden zullen dan beter in staat zijn te bepalen of en onder welke condities - bijvoorbeeld additionele zekerheden - zij met de vennootschap in zee willen gaan.

De kwestie van de kenbaarheid van het voor de vennootschap geldende aansprakelijkheidsregime komt ook terug in de toelichtingen die zijn gegeven door respondenten die tegen het handhaven van een figuur als de openbare maatschap zijn. Ter onderbouwing van dit standpunt wordt namelijk aangevoerd dat het ten opzichte van derden verwarrend is als er twee verschillende verschijningsvormen zijn van de openbare personenvennootschap: één waarbij de vennoten wél en één waarbij de vennoten niet hoofdelijk aansprakelijk zijn. Opmerkelijk is dat een aantal van deze respondenten het weer wel gerechtvaardigd acht dat vennoten niet extern aansprakelijk kunnen worden gehouden voor beroepsfouten van andere vennoten. Een opmerking die in dit verband is gemaakt, is dat medici of adviseurs die samenwerken in

---

12 Voor de goede orde: art. 7:813 lid 2 ontwerp Titel 7.13 bepaalde slechts dat noodweer verweer is toegestaan. Zie *Kamerstukken I 2005/06* 28 746, nr. C, p. 14. Dit veronderstelt derhalve verbondenheid van alle vennoten. Dit verschilt wezenlijk van het uitgangspunt dat de maten die de opdracht niet hebben aanvaard, daarvoor niet persoonlijk verbonden zijn jegens de wederpartij.

13 Naar huidig recht zou deze situatie slechts kunnen worden gerealiseerd door het opnemen van een zogenoemd 'limited recourse-beding' in contracten gesloten op naam van de vennootschap.

een personenvennootschap geen verwijt kan worden gemaakt van een beroepsfout van een medevennoot.

Samenvattend kan uit de respons worden afgeleid dat er behoefte bestaat aan een openbare vennootschapsvorm waarbij de vennoten niet zonder meer zijn verbonden jegens derden voor rechtshandelingen die zijn verricht door een medevennoot. Uit de toelichtingen van zowel de voorstanders als de tegenstanders kan worden afgeleid dat herkenbaarheid van deze rechtsvorm jegens derden van groot belang wordt geacht. Of deze rechtsvorm alleen voor het vrije beroep of ook voor het bedrijf moet kunnen worden benut, is niet bevraagd. Beide standpunten worden verdedigd. Ook onder degenen die niet voor de introductie van deze rechtsvorm zijn, is steun voor een variant waarbij de vennoten zijn uitgesloten van persoonlijke aansprakelijkheid voor beroepsfouten.

### 3.2. *Het onderscheid beroep – bedrijf*

Of het onderscheid tussen maatschap enerzijds en vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap anderzijds in stand moet blijven, houdt verband met het antwoord op de vraag of het onderscheid tussen beroep en bedrijf in de praktijk problemen geeft. In de literatuur wordt wel aangegeven dat de scheidslijn niet steeds duidelijk is te trekken. Een interessante vraag is of dit onderscheid ook in de praktijk aanleiding geeft tot problemen.

In antwoord op deze vraag geeft een significante meerderheid van de respondenten (ruim 65%) te kennen dat dit onderscheid in praktijk niet tot problemen leidt. Een substantiële minderheid (34%) geeft aan wel problemen te hebben ondervonden met het onderscheid. Uit de toelichtingen blijkt evenwel dat een aantal van deze laatste groep respondenten het onderscheid niet meer van deze tijd vindt, maar dat het in de praktijk ook niet echt problematisch is. Een aantal respondenten noemt echter wel praktische problemen. De belangrijkste hiervan zijn:

- De afbakening is onduidelijk, daardoor is advisering soms lastig
- Soms wordt een samenwerking maatschap genoemd, maar is het in feite een vennootschap onder firma
- Het verschil is voor cliënten niet helder
- Onduidelijkheid ten aanzien van (nieuwere) beroepen (bijvoorbeeld mediator)

Bij de gegeven toelichtingen plaats ik een kanttekening. Een deel van de genoemde problemen lijkt niet zozeer verband te houden met het onderscheid beroep of bedrijf maar met het onderscheid openbaar of ‘stil’. Dit gezegd zijnde, blijkt dat het gegeven dat het onderscheid tussen beroep en bedrijf niet scherp valt te trekken, ook in de praktijk problemen kan geven. Anderzijds kan worden geconstateerd dat deze problemen niet van dien aard zijn dat het tot (veel) jurisprudentie heeft geleid. Het is daarom de vraag of het enkele feit dat het onderscheid niet steeds scherp is te trekken, noopt tot wetswijziging. Afbakeningsproblemen zijn immers niet altijd te vermijden.

Indien echter de wetgever deze kwestie zou willen adresseren, zou dit kunnen op verschillende manieren. Een van de mogelijkheden is het onderscheid tussen beroep en bedrijf geheel te laten vervallen. Dit is de oplossing waarvoor werd gekozen in het ontwerp Titel 7.13 BW. Zoals hierboven is beschreven, tonen de uitkomsten uit de questionnaire aan dat de wijze waarop dit in het wetsvoorstel is vormgegeven, niet goed aansloot bij de in de praktijk levende behoeften.

Indien er voor zou worden gekozen het onderscheid beroep-bedrijf geheel te laten vervallen, zou er echter ook voor kunnen worden gekozen om het aan partijen over te laten of zij een ‘maatschap’ dan wel ‘vennootschap onder firma’ willen zijn, ongeacht of er sprake is van de uitoefening van een beroep of het voeren van een bedrijf. Dit zou een ingrijpende wijziging zijn ten opzichte van het huidige recht. Het is de vraag of er dan nog veel vennootschappen onder firma zullen overblijven en of deze keuze het handelsverkeer ten goede zou komen. Dit laatste in verband met het feit dat deze regeling de verhaalsmogelijkheden van crediteuren niet ten goede komt. Voor de praktijk heeft dit ingrijpende gevolgen. Men kan zich de vraag stellen of dit werkelijk de te prefereren ontwikkeling is. In dit verband mag er wellicht aan worden herinnerd dat uit het onderzoek niet blijkt dat het onderscheid beroep-bedrijf in de praktijk zodanig problematisch is dat het om die reden zou moeten worden opgeheven.

Een andere mogelijkheid zou zijn om de scheidslijn tussen beroep en bedrijf scherper te trekken. Dit zou kunnen door het formuleren van heldere criteria en/of het opstellen van een catalogus van vrije beroepen die kwalificeren om in maatschapsverband te worden uitgeoefend. Een voorbeeld van de eerste oplossingsrichting zou er uit kunnen bestaan materiële criteria te ontwikkelen of een meer formeel criterium te hanteren, zoals bijvoorbeeld dat alleen de wettelijk beschermde vrije beroepen van de ‘maatschapsvorm’ gebruik kunnen maken. Een voorbeeld van de tweede oplossingsrichting treft men aan in het Duitse recht, waarin inderdaad een – overigens niet limitatieve – catalogus wordt gehanteerd van beroepen die kwalificeren voor de ‘maatschapsvorm’.

Deze catalogus luidt: “*Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratende Volks- und Betriebswirte, vereidigte Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigte, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberufliche Sachverständige, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnliche Berufe sowie [selbständige] Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.*”<sup>14</sup>

Hieraan kan worden toegevoegd dat naar Duits recht alleen natuurlijke personen gebruik kunnen maken van deze rechtsvorm. In de Nederlandse context zou een dergelijke beperking vermoedelijk niet op veel steun kunnen rekenen en ik zie voor een dergelijke beperking ook geen noodzaak. Op de vraag of de geciteerde opsomming ook voor Nederland geschikt zou zijn, ga ik hier niet nader in. Een ander punt is dat

---

14 Zie § 1.2 Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe.

het hanteren van opsommingen als deze in de wettekst zelf in de Nederlandse wetgevingstraditie niet gebruikelijk zijn. Meer voor de hand zou liggen om criteria in de wettekst te noemen en die te adstrueren met een opsomming in de toelichting. Dit is echter vooral een punt van wetgevingstechniek.

In het Duitse recht wordt overigens voorafgaand aan de hierboven geciteerde opsomming, een algemene omschrijving van het vrije beroep gegeven, die eventueel tot inspiratie zou kunnen dienen bij het formuleren van een Nederlandse equivalent, indien althans voor deze benadering zou worden gekozen. Deze omschrijving luidt:

*“Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.”*<sup>15</sup>

### 3.3. Het onderscheid stil-openbaar

Het onderscheid tussen de maatschap en de vennootschap onder firma wordt door nog een ander criterium bepaald. Dit is of de vennootschap al dan niet onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt.<sup>16</sup> Dit is thans een van de criteria aan de hand waarvan onderscheid wordt gemaakt tussen de maatschap en de vennootschap onder firma. In het ontwerp Titel 7.13 markeerde dit criterium – weliswaar enigszins anders geformuleerd – het onderscheid tussen de openbare en de stille vennootschap. In de memorie van toelichting hierbij werd aangegeven dat als de vennootschap handelt onder de namen van de vennoten en er geen gemeenschappelijke element is, als regel sprake is van een stille vennootschap. Dit alles met de kanttekening dat uiteindelijk de verkeersopvattingen bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van handelen onder gemeenschappelijke naam of niet.<sup>17</sup>

Vraag 8 van de questionnaire is er op gericht om helderheid te krijgen of het ter markering van het onderscheid tussen de openbare en de stille personenvennootschap, de voorkeur geniet om te werken met een open norm zoals de verkeersopvattingen of dat het de voorkeur geniet om een duidelijk – eventueel strikter – criterium te hantieren. Zo’n 57% van de respondenten gaf aan een strikte norm te prefereren boven een open norm. 30% van de respondenten was de tegenovergestelde mening toegedaan. De rest had hierover geen uitgesproken mening.

Als argument voor een duidelijk criterium werd gegeven dat indien het al dan niet onder gemeenschappelijke naam handelen doorslaggevend is voor de persoonlijke externe gebondenheid, op dit punt zoveel mogelijk duidelijkheid gewenst is. Als

<sup>15</sup> § 1.2 Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe.

<sup>16</sup> Zie art. 16 WvK.

<sup>17</sup> Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 9. Zie over criterium in het huidige recht o.m. Mohr/Meijers, Van personenvennootschappen, 5e druk, Kluwer, Deventer 2009, § 3.4; Asser-Maeijer V, nrs. 15, 105.



argument tegen een strikte norm werd vooral genoemd dat een open norm meer ruimte biedt om in concrete situaties tot een passende uitkomst te komen.

Uit de respons komt naar voren dat rechtszekerheid een belangrijk argument is om te streven naar een heldere, desnoods strikte norm. Indien hiervoor in een nieuw te ontwerpen regeling zou worden gekozen, rijst de vraag hoe hieraan vorm gegeven zou moeten worden. Teneinde hierin enigszins inzicht te krijgen was in de questionnaire een voorbeeld opgenomen, waarover de respondenten zich konden uitlaten. In dit voorbeeld werd de suggestie voorgelegd om de personenvennootschap die zich afficheert als J.P. Karelse, K.D. Eybers, Huisartsen, als stille vennootschap aan te merken en de vennootschap die zich afficheert als J.P. Karelse & K.D. Eybers Huisartsen, als openbare vennootschap aan te merken.

In dit voorbeeld schuilt veronderstellenderwijs het verschil tussen de stille vennootschap enerzijds en de openbare vennootschap anderzijds, in de toevoeging van een &-teken tussen de namen van de maten. De gedachte is dat hiermee uitdrukking wordt gegeven aan de wens samen te werken onder een gemeenschappelijke naam. Dit onderscheid werd door de respondenten echter vrij algemeen als te subtiel aangemerkt. Hieruit kan worden afgeleid dat het onderscheidende criterium wellicht wat grofmaziger zou moeten zijn dan in het gegeven voorbeeld. Sommigen bepleitten overigens om het onderscheid door een toevoeging aan de naam helder te maken. In wezen komt dit er als het goed is op neer dat de vennoten zelf kunnen kiezen of zij als openbare of stille vennootschap zullen gelden.

De uitkomsten van de questionnaire tonen aan dat het onderscheid tussen 'stil' en 'openbaar' een lastig punt is. De kern van deze kwestie is mijns inziens terug te voeren op de vraag of een vennootschap ook als 'stil' kan worden aangemerkt indien zij voor derden kenbaar maakt dat zij bestaat. Zou niet moeten worden aangenomen dat de vennootschap openbaar is indien zij op voor derden kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelneemt, ook indien niet onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen? De vennootschap is in deze benadering ook openbaar indien zij onder de eigen namen van de vennoten zonder gemeenschappelijk element aan het rechtsverkeer deelneemt.

De kwestie zou hierdoor in zoverre worden verhelderd dat een discussie over wanneer al dan niet sprake is van een gemeenschappelijke naam, tot het verleden behoort. In zoverre is dit criterium wat grofmaziger dan het huidige. Overigens doet dit er niet aan af het omslagpunt tussen wanneer een vennootschap 'stil' dan wel 'openbaar' is nog steeds subtiel kan liggen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat twee advocaten een vennootschap aangaan en in dat kader een pand huren. Door een bordje op de deur te bevestigen waarop hun beider namen met vermelding van hun beroep zijn vermeld, zullen zij bij hantering van het criterium dat de vennootschap op voor derden kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelneemt, als openbare vennootschap kwalificeren. Plaatsen zij evenwel ieder voor zich naast de deur een naambordje met vermelding van hun beroep, dan kwalificeert de vennootschap als stil omdat ten opzichte van derden niet kenbaar wordt gemaakt dat deze advocaten samenwerken.

### 3.4. *Belangrijkste bevindingen inzake de indeling van de personenvennootschappen*

#### 3.4.1. Een duidelijker onderscheid ‘openbaar-stil’

Uit de resultaten kan worden afgeleid dat er een voorkeur is voor het aanscherpen van het onderscheid tussen de ‘stille’ en de ‘openbare’ vennootschap. Mijn beeld is dat het probleem voor een deel schuilt in het huidige criterium dat voor een vennootschap onder firma sprake dient te zijn van samenwerking onder een gemeenschappelijke (handels)naam. Een oplossingsrichting zou kunnen zijn te verduidelijken wanneer sprake is van een dergelijke gemeenschappelijke naam. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door te bepalen dat als de naam vennootschap bestaat uit alle namen van de vennoten, zonder gemeenschappelijk element, de vennootschap als stil wordt aangemerkt.

Voor een deel lijkt deze kwestie echter terug te voeren op de opvatting dat reeds indien kenbaar als vennootschap aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen, ook al geschiedt dit onder de namen van de vennoten maar zonder gemeenschappelijk element, de vennootschap desondanks als openbaar dient te worden aangemerkt. Benadert men het onderscheid tussen openbaar en stil vanuit deze invalshoek, dan is een alternatief dat een vennootschap pas als stil wordt aangemerkt als zij niet als zodanig kenbaar naar buiten toe optreedt. Het criterium dat sprake moet zijn van een gemeenschappelijke naam, alvorens van een openbare vennootschap kan worden gesproken, zou dan komen te vervallen.

#### 3.4.2. Het onderscheid beroep-bedrijf is werkbaar, verduidelijking is welkom

Het beeld dat uit het onderzoek naar voren komt is dat het onderscheid tussen beroep en bedrijf op zichzelf werkbaar is. Dit wordt geschraagd door het feit dat er deze kwestie niet of nauwelijks tot (civielrechtelijke) jurisprudentie heeft geleid. Een aantal respondenten geeft evenwel aan dat het gegeven dat dit onderscheid niet steeds helder is, in de praktijk soms complicaties geeft. Een verduidelijking van hetgeen onder vrij beroep dan wel bedrijf wordt verstaan, is wellicht niet noodzakelijk maar wel welkom.

#### 3.4.3. Een vennootschapsvorm met beperking van aansprakelijkheid

De resultaten van het onderzoek tonen aan dat er behoefte bestaat aan een personenvennootschap die onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt, maar waarbij de vennoten, behoudens (schijn van) volmacht, of bekrachtiging hunnerzijds, niet persoonlijk zijn verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.

In de vraagstelling is niet specifiek gevraagd of deze vennootschapsvorm alleen voor het vrije beroep beschikbaar zou moeten blijven. In de toelichting die door een

deel van de respondenten op de vragen is gegeven, blijkt desondanks dat er over de exacte invulling van een nieuwe regeling op dit punt geen eenduidigheid bestaat. De centrale kwestie hierbij is of het bijzondere aansprakelijkheidsregime alleen betrekking zou moeten hebben op aansprakelijkheid voor beroepsfouten of op alle verbintenissen. Dit leidt ertoe dat er bij het ontwerpen van een nieuwe regeling op dit punt vier alternatieven overwogen zouden kunnen worden.

Het eerste alternatief is dat de bedoelde rechtsvorm alleen beschikbaar is voor het (vrije) beroep. Het beperkte aansprakelijkheidsregime betreft alle verbintenissen die in naam van de vennootschap worden aangegaan (vgl. de huidige maatschap). Het tweede alternatief is een variant op het eerste, met dien verstande dat het beperkte aansprakelijkheidsregime alleen betreft de verbintenissen voortvloeiend uit de beroepsuitoefening (dus hoofdelijke verbondenheid voor alle andere verbintenissen zoals bij de vennootschap onder firma). De derde mogelijkheid is dat de bedoelde rechtsvorm open staat voor eenieder ongeacht of sprake is van samenwerking in het kader van beroep of bedrijf. Het beperkte aansprakelijkheidsregime betreft alle verbintenissen die in naam van de vennootschap worden aangegaan. De vierde mogelijkheid is een variant op de vorige, met dien verstande dat het beperkte aansprakelijkheidsregime alleen ziet op verbintenissen voortvloeiend uit overeenkomsten van opdracht (dus hoofdelijke verbondenheid voor alle andere verbintenissen zoals bij de vennootschap onder firma).

Van de genoemde alternatieven, wijken de derde en vierde het meest af van de huidige situatie. Indien een dergelijke rechtsvorm zou worden geïntroduceerd, leidt dit mogelijk tot het einde van de ‘vof-oude stijl’. Een vraag is ook of dan wellicht aanvullende beschermende maatregelen getroffen zouden moeten worden ten behoeve van de crediteuren zoals een uitkeringstest. Zie hierover nader de bijdrage van Wuisman elders in deze bundel.<sup>18</sup>

Vanuit het oogpunt van het behoud van eenvoud en bevordering van het handelsverkeer ligt deze benadering wellicht minder voor de hand dan de benadering, waarbij hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten als uitgangspunt wordt genomen, met dien verstande dat hiervoor een uitzondering geldt voor aansprakelijkheid voortvloeiend uit beroepsfouten. Deze benadering zou wijzen in de richting van alternatief 2. Het aansprakelijkheidsregime voor de ‘openbare maatschap’ schuift dan op in de richting van het regime dat geldt voor de vennootschap onder firma. Het ligt dan mijns inziens voor de hand dat – evenals voor de vennootschap onder firma – de vertegenwoordigingsbevoegdheid van vennoten kan worden beperkt en uitgesloten.

---

<sup>18</sup> Zie hierover voorts I.S. Wuisman, Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?, Diss. EUR 2011, Kluwer, Deventer, m.n. p. 340 e.v.

#### 4. Is de (openbare) personenvennootschap voldoende toegerust?

##### 4.1. Het afgescheiden vermogen

Het derde thema betreft de kwestie of de vermogensrechtelijke aspecten betreffende het vennootschappelijke vermogen adequaat zijn geadresseerd onder het huidige recht. Enerzijds gaat het hierbij om de positie van crediteuren, anderzijds om de goederenrechtelijke kenmerken van de vennootschappelijke samenwerking.

Ten aanzien van het eerste punt is aan de respondenten de vraag voorgelegd of moet worden vastgehouden aan het bestaan van een afscheiden vermogen voor de vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap zoals dat in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen.<sup>19</sup> Het afgescheiden karakter van het vennootschappelijk vermogen, brengt onder meer mee dat zaakscrediteuren ten opzichte van privé crediteuren een bevoorrechte positie innemen. De *paritas creditorum* wordt hierdoor doorbroken.

Een forse meerderheid van de respondenten (ruim 79 %) is evenwel van mening dat de Hoge Raad destijds een goede beslissing heeft genomen en dat het afgescheiden vermogen voor de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap moet worden gehandhaafd. Het belangrijkste argument daarvoor is dat de vennootschap meer is dan alleen een verzameling van de vennoten en dat men met de onderneming aan het rechtsverkeer deelneemt. Zouden zaakscrediteuren met privé crediteuren moeten concurreren dan zou dat de bereidheid om met een personenvennootschap zaken te doen, kunnen ondermijnen. Hieraan kan worden toegevoegd dat wenselijk is dat ook na wisseling van vennoten, vennootschapscrediteuren verhaal op het vennootschappelijk vermogen moeten kunnen nemen. Het afgescheiden vermogen is hiertoe instrumenteel.<sup>20</sup>

12% procent is het met dit antwoord niet eens en 8% heeft op dit punt geen uitgesproken mening. Als argumenten tegen worden genoemd dat er ook bij de eenmanszaak en maatschap geen sprake is van een afgescheiden vermogen. Voorts wordt genoemd dat het concept afgescheiden vermogen niet is uit te leggen en er geen rechtvaardiging is voor een onderscheid tussen privécrediteuren en zaakscrediteuren. In dit kader wordt ook genoemd dat een afgescheiden vermogen alleen past bij rechtspersoonlijkheid.

Op de vraag of ook de openbare maatschap een afgescheiden vermogen zou moeten worden toegekend antwoordt – nog steeds een flinke – meerderheid (72%) bevestigend. Het belangrijkste argument, dat in wisselende bewoordingen terugkomt, is dat

19 Het bestaan van een afscheiden vermogen voor de vennootschap onder firma werd door de Hoge Raad erkend in HR 26 november 1897, W. 7047 (*Boeschoten/Besier*). Het afgescheiden vermogen van de commanditaire vennootschap met één beherend venoot is door de Hoge Raad na een aanvankelijk terughoudende opstelling, uiteindelijk erkend in HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327 (Hovuma/Spreeuwenberg).

20 Zie o.m. Hof Arnhem 14 september 1999, *JOR* 2000, 48; Rb. Utrecht 10 oktober 2001, zaaknr. 98888/HAZA 99-622 (n.g.).

er geen rechtvaardiging is voor het onderscheid tussen de openbare maatschap en de vof. Een kleine minderheid (15%) is tegen, waartoe wordt aangevoerd dat het afgescheiden karakter zich niet goed verhoudt tot het feit dat de maten alleen zichzelf binden en vermogensafschieding alleen door middel van een rechtspersoon zou moeten plaatsvinden. Een kleine groep respondenten, 11%, heeft geen uitgesproken mening.

Aan de respondenten is voorts de vraag voorgelegd of ook de stille vennootschap een afgescheiden vermogen zou moeten worden toegekend, zoals het geval was in het ontwerp voor Titel 7.13 BW. Een meerderheid van 52% gaf aan daar tegen te zijn. Uit de toelichtingen blijkt dat men van mening is dat er bij de stille vennootschap geen rechtvaardiging bestaat voor het aannemen van een afgescheiden vermogen en de daaraan verbonden implicaties voor crediteuren. Een substantiële minderheid vindt evenwel dat ook de stille vennootschap een afgescheiden vermogen zou moeten hebben (35%). In de door enkele respondenten gegeven toelichting wordt hieraan echter als voorwaarde gesteld dat het bestaan van het afgescheiden vermogen uit het handelsregister kenbaar zou moeten zijn – hetgeen er onder meer vanuit gaat dat de stille vennootschap uit het handelsregister kenbaar is – en dat het afscheiden vermogen alleen in de verhouding tussen de vennoten en niet jegens derden zou moeten bestaan. In wezen duidt dit laatste echter op het bestaan van een (gebonden) gemeenschap en niet op een afgescheiden vermogen.

#### 4.2. *Rechtspersoonlijkheid voor de (openbare) personenvennootschap?*

##### 4.2.1. Algemeen

Een volgende stap in het proces van erkenning van een bijzondere vermogensrechtelijke positie voor de vennootschap onder firma, zou zijn het toekennen van rechtspersoonlijkheid of vermogensrechtelijke rechtsbevoegdheid aan de vennootschap onder firma. In vervolg op de vragen betreffende het afgescheiden vermogen, is daarom in de questionnaire een serie vragen voorgelegd die betrekking hebben op het toekennen van vermogensrechtelijke rechtsbevoegdheid dan wel rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen. Naar huidig recht berust de goederenrechtelijke gerechtigdheid niet bij de personenvennootschap als zodanig, maar bij (een of meer van) de vennoten. In verscheidene buitenlandse rechtssystemen kan de personenvennootschap wel als zodanig rechthebbende zijn, ook ten aanzien van registergoederen en rechten/aandelen op naam. Personenvennootschappen kunnen daartoe bijvoorbeeld uitdrukkelijk als rechtsbevoegd worden aangemerkt of rechtspersoonlijkheid worden toegekend.<sup>21</sup>

In vraag 15 werd de vraag voorgelegd of het ontbreken van goederenrechtelijke rechtsbevoegdheid c.q. rechtspersoonlijkheid voor de personenvennootschap als een knelpunt werd ervaren. Een meerderheid beantwoordde de vraag bevestigend (64%). Ruim 27% ervoer dit niet als een knelpunt en 8% had geen uitgesproken mening.

---

<sup>21</sup> Zie nader M.J.G.C. Raaijmakers, 'Aanpassing personenvennootschapsrecht in vergelijkend en historisch perspectief', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 238 e.v.

Deze uitkomst is een indicatie dat rechtspersoonlijkheid voor de personenvennootschap zou worden gewaardeerd. In de toelichting die bij het antwoord op deze vraag gegeven kon worden, werden als belangrijkste voordelen genoemd:

- De wisseling van vennoten wordt vereenvoudigd:  
het vermogen behoort toe aan de vennootschap 74%
- Duidelijker scheiding van privévermogen en zakelijk vermogen 49%
- Meer duidelijkheid positie stille vennoot 18%
- Anders 7%

De voordelen worden vooral gezien in feit dat de vennootschap op eigen naam contracten kan sluiten en (register)goederen kan verkrijgen, alsmede dat het de registratie van voertuigen, vestiging van beperkte rechten en het structureren van stapelconstructies vereenvoudigt. Daarnaast werd genoemd dat het de duidelijkheid in het internationale verkeer ten goede zou komen. Als voordeel van rechtspersoonlijkheid zou mijns inziens nog genoemd kunnen worden dat rechtspersoonlijkheid conceptueel gemakkelijker toegang biedt tot figuren als omzetting, splitsing en fusie van personenvennootschappen.

Een aantal respondenten gaf aan het ontbreken van rechtspersoonlijkheid niet te zien als knelpunt maar het desondanks wel wenselijk achten als optie, dan wel omdat het aansluit bij de beleving in de praktijk.

De respondenten die tegen het toekennen van rechtspersoonlijkheid hebben gestemd, zijn bevraagd op hun argumenten daarvoor. Deze zijn:

- De huidige situatie voldoet prima 27%
- Rechtspersoonlijkheid compliceert de zaken 14%
- Anders 5%

Ter toelichting wordt overwegend genoemd dat men met de BV goed uit de voeten kan en dat er voor de goederenrechtelijke complicaties andere oplossingen voor handen zijn.

#### 4.2.2. De toekenning van rechtspersoonlijkheid

In vervolg op de vraag of het ontbreken van rechtspersoonlijkheid/rechtsbevoegdheid als knelpunt wordt ervaren, rijst de vraag aan welke personenvennootschap dan rechtsbevoegdheid/rechtspersoonlijkheid zou moeten toekomen. Hiertoe werd een aantal alternatieven aan de respondenten voorgelegd. Dit betreft:

- Elke personenvennootschap 12%
- Elke personenvennootschap die onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt (dus niet de stille maatschap) 22%
- Alleen de personenvennootschap (m.u.v. de stille maatschap) die als zodanig is ingeschreven in het handelsregister 23%
- Alleen de personenvennootschap (m.u.v. de stille maatschap) die notarieel is vastgelegd 29%
- Anders 2%

De eerste kanttekening bij deze uitkomst is dat zo'n 12% van de respondenten aangeeft dat rechtspersoonlijkheid aan elke personenvennootschap zou moeten toekomen. Dit omvat derhalve ook de stille vennootschap. Of dit realistisch is, is de vraag. Gaat men er vanuit dat de stille vennootschap niet als zodanig aan het rechtsverkeer deelneemt, dan kan zij mijns inziens bezwaarlijk als rechtssubject functioneren.

Ten aanzien van de drie andere opties – elke openbare personenvennootschap, de openbare vennootschap die is inschreven in het handelsregister en de openbare personenvennootschap die notarieel is vastgelegd – kan uit de resultaten van het onderzoek geen duidelijke voorkeur worden aangewezen. In relatie tot de andere resultaten uit het onderzoek, kan evenwel over de genoemde alternatieven wel wat meer worden gezegd.

Zo wordt de voorkeur voor notariële tussenkomst<sup>22</sup> overwegend bepleit met het oog op de rechtszekerheid en het gegeven dat notariële tussenkomst regel is bij de oprichting van rechtspersonen naar Nederlands recht.<sup>23</sup> Anderzijds staat notariële tussenkomst op gespannen voet met wat als een van de belangrijkste voordelen van de personenvennootschap wordt genoemd, het ontbreken van vormvoorschriften. Dit bezwaar is weer minder pregnant indien rechtspersoonlijkheid optioneel zou zijn. Wie rechtspersoonlijkheid wil, moet daarvoor naar de notaris. Wie dat niet wil, kiest voor de personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. In de wettelijke regeling zouden dan zowel de personenvennootschap met als de personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid moeten worden geregeld. Een gevolg van optionele rechtspersoonlijkheid is dan ook dat het de regeling compliceert.

Zou men opteren voor inschrijving in het handelsregister als voorwaarde voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid, dan zijn hieraan geen additionele kosten verbonden. De procedure is bovendien eenvoudig en heeft als voordeel dat het moment – althans de datum – waarop rechtspersoonlijkheid is verkregen, vastligt. Ook dit alternatief is echter niet onproblematisch. Het gegeven dat de openbare personenvennootschap moet worden ingeschreven in het handelsregister wil immers niet zeggen dat dit ook werkelijk gebeurt. Soms komt de personenvennootschap tot stand zonder dat partijen zich hiervan bewust zijn, soms wil men bewust niet inschrijven of realiseert men zich op een later moment dat inschrijving nog moet plaats vinden.

Zou men opteren voor dit alternatief, dan brengt dat derhalve mee dat een regeling moet worden getroffen voor de openbare personenvennootschap die niet in het handelsregister is ingeschreven. Er moet met andere woorden gerekend worden met het bestaan van een openbare personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Dit

---

22 62% van de voorstanders voor deze optie gaf aan in het notariaat werkzaam te zijn. In totaal bijna 16% van alle respondenten. Laat men de inbreng van de notariële beroepsgroep wel, dan zou de verhouding zijn: bijna 28% voor elke openbare vennootschap; 21% na inschrijving in het handelsregister; en zo'n 13% voor de personenvennootschap vastgelegd in een notariële akte.

23 De uitzondering hierop is de vereniging. Deze kan worden opgericht zonder notariële tussenkomst. Deze vereniging heeft rechtspersoonlijkheid, zij het met beperkte rechtsbevoegdheid. Zie art. 2:30 BW.

gegeven leidt tot enkele kwesties die bij het uitwerken van een wettelijke regeling zullen moeten worden geadresseerd. Een van die kwesties betreft de status van deze personenvennootschap in de 'voorperiode'. Daarnaast zal ook iets moeten worden geregeld voor de transitie van de reeds vóór inschrijving handelende personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid opgebouwd vermogen en aangegane verbintenissen naar de ingeschreven en dus rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschap. Hoe geraakt het vennootschappelijk vermogen dat is gevormd voor inschrijving 'in' de rechtspersoon en hoe wordt de vennootschap-rechtspersoon partij bij overeenkomsten c.q. gebonden aan verbintenissen die vóór haar inschrijving op naam van de vennootschap zijn aangegaan? Indien het vermogen niet van rechtswege overgaat, zal men moeten accepteren dat er naast de vennootschap-rechtspersoon een (afgescheiden) vennootschappelijk vermogen blijft bestaan.

Deze vraagstukken zijn inherent aan het stellen van een formeel totstandkomingsvereiste. Een en ander leidt onvermijdelijk tot enige mate van complicering van de regeling en kan – indien niet goed geregeld – gemakkelijk afbreuk doen aan de gebruiksvriendelijkheid daarvan.

Het derde alternatief is dat elke onder gemeenschappelijke naam handelende personenvennootschap rechtspersoonlijkheid heeft. Rechtspersoonlijkheid wordt dan verkregen door en op het moment waarop de vennootschap aan het rechtsverkeer deelneemt. Dit is enigszins vergelijkbaar met het tot stand komen van een informele vereniging. Wordt dit als uitgangspunt genomen, dan moet worden geaccepteerd dat er niet steeds een eenduidig, publiekelijk kenbaar moment is waarop de rechtspersoon tot stand is gekomen. Net als bij de informele vereniging, zal zich de situatie kunnen voordoen dat een bepaalde vorm van samenwerking zich geleidelijk ontwikkelt tot een openbare vennootschap, zodat het moment waarop rechtspersoonlijkheid wordt verkregen, onduidelijk kan zijn. Omtrent het of en zo ja wanneer rechtspersoonlijkheid is verkregen, kunnen zich bij deze keuze meer kwesties voordoen. Het voordeel van deze keuze is echter dat er geen afzonderlijke regeling voor de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid behoeft te worden getroffen en dat er ook geen transitieproblemen zijn verband houdend met de overgang naar rechtspersoonlijkheid.

#### *Gaan eenvoud en rechtspersoonlijkheid samen?*

De behoefte aan rechtspersoonlijkheid wordt, zo blijkt uit het onderzoek, niet uitsluitend maar wel in belangrijke mate ingegeven door de vereenvoudiging die rechtspersoonlijkheid op goederenrechtelijk gebied zou brengen. Dit betreft in het bijzonder de goederenrechtelijke afwikkeling bij de wisseling van vennoten. Ook hier is vereenvoudiging het leitmotiv.

Het toekennen van rechtspersoonlijkheid leidt echter, zo blijkt uit de hierboven beschreven kwesties, niet vanzelfsprekend tot louter vereenvoudiging. Indien als uitgangspunt wordt gekozen dat alle openbare personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid hebben, leidt dit bijvoorbeeld tot vraagstukken van overgangsrecht.



Hoe moet worden omgegaan met de bestaande openbare maatschappen, vennootschappen onder firma en CV's? Krijgen zij van rechtswege rechtspersoonlijkheid of moet daartoe nog actie worden ondernomen en, zo ja, welke? Moet de overgang van het vennootschappelijk vermogen naar de rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschap worden gefaciliteerd en, zo ja, hoe moet dit worden vormgegeven?

Een oplossing hiervoor zou zijn aansluiting te zoeken bij art. 37 Overgangswet NBW, dat destijds is ontworpen in verband met het feit dat de informele vereniging rechtspersoonlijkheid werd toegekend. Het uitgangspunt van deze regeling is dat het vermogen op de ingangsdatum van de nieuwe regeling van rechtswege overgaat op de vereniging-rechtspersoon. Het lijkt voor de hand te liggen bij deze regeling aan te sluiten.

Rechtspersoonlijkheid kan de regeling echter om nog andere redenen compliceren. Indien bijvoorbeeld zou blijken dat rechtspersoonlijkheid in bepaalde landen aan fiscale transparantie in de weg staat, zou rechtspersoonlijkheid aan de bruikbaarheid van de personenvennootschap in de weg staan. Rechtspersoonlijkheid zou dan optioneel moeten worden gemaakt, met alle gevolgen van dien, of de knelpunten zouden toch in de sfeer van het goederenrecht moeten worden opgelost. Rechtspersoonlijkheid roept ook de vraag op wat de gevolgen zijn indien partijen een vennootschaps-overeenkomst hebben afgesloten, maar de overeenkomst op enig moment niet langer voldoet aan de materiële kenmerken. Op zichzelf kan het een geldige en volstrekt oorbare overeenkomst zijn, maar welke gevolgen moet dit hebben voor het bestaan van de rechtspersoon?<sup>24</sup> Rechtspersoonlijkheid zal vermoedelijk niet zonder meer kunnen voorduren, maar tegelijkertijd behoeft er ook geen reden om de onderneming te liquideren. Dit zelfde geldt indien een van de vennoten de onderneming na algehele ontbinding van de vennootschap zou willen voortzetten als eenmanszaak.

Om in deze gevallen een goed resultaat te realiseren zou er een regeling moeten komen die er toe leidt dat de ontbinding van de rechtspersoon er toe leidt dat het vermogen dat voorheen toebehoorde aan de rechtspersoon, soepel overgaat in het vermogen van de 'vennoten'. Ditzelfde geldt bij beëindiging van het vennootschapscontract. Uit de questionnaire blijkt dat het feit dat naar huidig recht een ontbonden personenvennootschap gemakkelijk kan worden afgewikkeld een van de aantrekkelijkste aspecten is van de personenvennootschap. Een voor de hand liggende oplossing lijkt dan ook te zijn om een regeling te treffen waardoor vanuit de ontbonden personenvennootschap/rechtspersoon een soepele overgang naar de huidige vereffeningregeling wordt bewerkstelligd.

Een mogelijkheid hiervoor zou zijn een overgang van het vermogen onder algemene titel naar de gezamenlijke vennoten. Tussen de gewezen vennoten ontstaat zo een gemeenschap die vervolgens kan worden afgewikkeld volgens de thans geldende regeling. Een voordeel van een dergelijke aanpak is dat voor de ontbonden stille ven-

---

<sup>24</sup> Zie hierover in relatie tot ontwerp Titel 7.13, J.A.M. ten Berg/H.E. Boschma, 'Het (wankel) fundament van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid', *WPNR* 6860 (2010), p. 760 e.v.

nootschap en de ontbonden openbare vennootschap dezelfde ontbindingsregeling geldt. Uiteraard zijn ook andere oplossingen denkbaar, zoals het ontwerpen van een nieuwe vereffeningregeling. Daargelaten dat dit niet zonder complicaties zal zijn, is het de vraag of dit efficiënt is.

#### 4.3. *Voornaamste bevindingen inzake de toerusting van de personenvennootschap*

Uit het onderzoek komt naar voren dat het afgescheiden karakter van het vermogen van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap als adequaat wordt aangemerkt. Het merendeel van de respondenten die zich hierover hebben uitgesproken, geeft aan deze mening ook te zijn toegedaan ten aanzien van de openbare maatschap. Ten aanzien van de stille vennootschap lijkt voor het aannemen van een afgescheiden vermogen feitelijk niet veel steun te zijn. Zie § 4.1.

Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid wordt als een gemis ervaren. De voornaamste reden hiervoor is dat rechtspersoonlijkheid de goederenrechtelijke aspecten aanmerkelijk zou vereenvoudigen (§ 4.2.1). Over de wenselijke wijze van verkrijgen van rechtspersoonlijkheid lopen de opvattingen uiteen. Elk van de alternatieven heeft voor- en nadelen. Gezien de wens naar eenvoud, lage kosten en toegankelijkheid lijkt toekenning aan elke openbare vennootschap de beste papieren te hebben. Een nadeel van deze mogelijkheid is dat er niet steeds een eenduidig moment is waarop de rechtspersoonlijkheid is verkregen. Kiest men voor een formaliteit waarop rechtspersoonlijkheid wordt verkregen – hetzij een notariële akte, hetzij inschrijving in het handelsregister – dan moet worden gerekend met het bestaan van openbare vennootschappen die niet aan die formaliteiten hebben voldaan en derhalve (nog) geen rechtspersoonlijkheid hebben. Hiervoor moet een regeling worden getroffen. Bovendien rijzen er vragen in verband met de transitie naar de vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Zie § 4.2.2. Het toekennen van rechtspersoonlijkheid kan de regeling derhalve gemakkelijk compliceren.

De oplossing zal in veel gevallen kunnen worden gevonden in een overgang van rechtswege, zoals in art. 37 Overgangswet NBW. Aangezien het vooral goederenrechtelijke overwegingen zijn die aanleiding geven tot de wens rechtspersoonlijkheid toe te kennen, zou een alternatief kunnen zijn om niet te opteren voor rechtspersoonlijkheid, maar door wijzigingen aan te brengen in het goederenrechtelijke regime. Veel van de problemen zouden kunnen worden opgelost door de goederenrechtelijke werking van de verdeling te herintroduceren, aangevuld met een regeling die het mogelijk maakt om het aandeel in de onderneming als zodanig bij akte over te dragen.<sup>25</sup> In het kader van het ontwerp Titel 7.13 wilde de minister hier echter niet van weten.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Zie o.m. W.J.M. van Veen, Preadvies KNB 2005, par. 5.3.3.1; M.J.G.C. Raaijmakers, 'Vereenvoudiging titel 7.13 (personenvennootschap)', *Ondernemingsrecht* 2009/19.

<sup>26</sup> Zie o.m. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 34 e.v.; *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 19; *Kamerstukken I* 2006/07, 28 746, E, p. 2 e.v.

## 5. Dwingendrechtelijke regelingen

### 5.1. *Meer of minder dwingend recht?*

Het laatste thema waaraan in de questionnaire aandacht is besteed, heeft betrekking op het antwoord op de vraag of er behoefte is aan meer dwingend recht in de regeling van de personenvennootschap. Het ontwerp Titel 7.13 BW kende aanvankelijk een dwingendrechtelijk uitgangspunt zoals wij dat ook kennen in Boek 2 BW: van een wettelijke regel kan slechts worden afgeweken indien en voor zover dat uit de wet zelf voortvloeit. Dit uitgangspunt is later weliswaar verlaten, maar de regeling kende desondanks beduidend meer dwingend recht dan het huidige recht.<sup>27</sup> Een voordeel van meer dwingend recht kan zijn dat de regeling meer structuur biedt. Een nadeel is dat het afbreuk doet aan flexibiliteit.

In het licht van het voorgaande werd een aantal vragen voorgelegd. De eerste vraag luidde of men het feit dat het huidige regeling weinig dwingend recht bevat, bezwaarlijk of juist een pluspunt vindt.<sup>28</sup> Een overgrote meerderheid van de respondenten vindt het een pluspunt dat de wettelijke regeling zo weinig dwingend recht kent (83%). Slechts 7% vindt het een nadeel, iets meer dan 9% van de respondenten gaf aan geen uitgesproken mening te hebben op dit punt.

Uit het onderzoek blijkt derhalve overtuigend dat behoefte bestaat aan een regeling met zo min mogelijk dwingend recht. Het verdient opmerking dat uit de toelichting die bij de beantwoording van deze vraag werd gegeven, blijkt dat wel een vollediger wettelijke regeling – met de mogelijkheid van de gegeven regeling af te wijken – wenselijk is. De huidige wettelijke regeling wordt als te lacuneus ervaren. Deze respons komt van zowel de voor- als tegenstanders van dwingend recht, alsmede van de respondenten die aangaven geen uitgesproken mening te hebben.

### 5.2. *Handhaving, afschaffing of aanpassing Societas Leonina?*

Een van de regels van dwingend recht is het verbod op de zogenoemde Societas Leonina: de afspraak dat een of meer vennoten zijn uitgesloten van een aandeel in de winst. Dit verbod is opgenomen in art. 7A:1672 lid 1 BW. Deze bepaling luidt:

“Het beding, waarbij aan een der vennoten alle der voordeelen mogten toegezegd zijn, is nietig.”

Op de vraag of dit verbod moet worden gehandhaafd,<sup>29</sup> antwoordt een ruime meerderheid van 66% dat handhaving onwenselijk is. 25% is voor handhaving. Uit de toelichting blijkt dat hier contractsvrijheid het uitgangspunt dient te zijn. Indien de vraag wordt gesteld of het verbod – indien het gehandhaafd zou worden – ook zou

---

<sup>27</sup> Zie nader W.J.M. van Veen, ‘Titel 7.13 BW: Quo Vadis?’, *TvOB* 2011, p. 35 e.v.

<sup>28</sup> Zie Questionnaire, vraag 5.

<sup>29</sup> Zie Questionnaire, vraag 12.

moeten gelden ten aanzien van de vennoot die geen arbeid inbrengt,<sup>30</sup> blijkt het aantal voorstanders voor handhaving van het verbod te blijven steken op zo'n 21%.

Deze resultaten zijn consistent met de constatering dat voor de personenvennootschap dwingendrechtelijke regelingen in overwegende mate niet als wenselijk worden ervaren. Handhaving van het verbod op de Societas Leonina in een nieuwe regeling ligt, althans in huidige vorm, afgaande op de uitkomsten uit dit onderzoek niet zonder meer voor de hand.

### 5.3. *Handhaving, afschaffing of aanpassing van het beheersverbod bij de CV?*

Een kwestie die de laatste jaren al enige aandacht heeft genoten is het beheersverbod dat geldt voor de commanditaire vennootschap. Dit verbod is thans opgenomen in art. 20 lid 2 WvK. Deze bepaling luidt:

“Deze vennoot mag geene daad van beheer verrigten of in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn, zelfs niet uit kracht eener volmagt.”

De discussie over het beheersverbod en de reikwijdte daarvan werd aangewakkerd doordat het beheersverbod in het ontwerp Titel 7.13 BW werd uitgebreid ten opzichte van de huidige regeling. De respondenten konden aangeven of zij handhaving van het beheersverbod al dan niet in gewijzigde vorm wenselijk achtten.<sup>31</sup> De resultaten zijn:

○ Ja, ongewijzigde handhaving is wenselijk	45%
○ Ja, zij het dat het zou moeten worden ingeperkt	23%
○ Ja, zij het dat het zou moeten worden uitgebreid	14%
○ Handhaving van het beheersverbod is ongewenst	10%
○ Geen mening	8%

Ruim 45% van de respondenten is derhalve van mening dat de huidige regeling goed werkbaar is en gehandhaafd zou moeten worden. Van de respondenten die voor handhaving van het beheersverbod zijn, is dat de grootste groep. Afschaffing of versoepeling van het beheersverbod zou naar hun mening, afgaande op de gegeven toelichtingen ertoe leiden dat het onderscheid met de vennootschap onder firma zou vervagen. Als voordeel van het huidige beheersverbod wordt genoemd dat het de meeste duidelijkheid biedt voor crediteuren en dat hiermee de rechtszekerheid is gediend. Het toelaten van vertegenwoordiging op grond van volmacht, wordt door deze groep niet als verbetering gezien.

Iets meer dan 13% sprak steun uit voor uitbreiding van het beheersverbod, terwijl zo'n 23% van de respondenten pleit voor een inperking van de reikwijdte van het beheersverbod. Een nuttige en praktische insteek hierbij zou kunnen zijn – zo blijkt

---

<sup>30</sup> Zie Questionnaire, vraag 13.

<sup>31</sup> Zie Questionnaire, vraag 14.

ook uit de toelichtingen – om toe te staan dat de commandiet uitdrukkelijk handelt op basis van volmacht, zoals in het wetsontwerp voor Titel 7.13 van Van der Grinten het uitgangspunt was. Een commanditaire vennoot moet, als dat zo uitkomt, ook achter de toonbank kunnen staan, zo luidt een van de commentaren. Een aantal respondenten gaf voorts aan dat niet alleen de reikwijdte van het verbod maar ook de sancties op overtreding gewijzigd zouden moeten worden.

Ruim 9% ziet geen meerwaarde in handhaving van het verbod. Afgaande op de toelichtingen daarbij blijkt althans een aantal van deze laatste groep respondenten niet voor volledige afschaffing te zijn maar voor handhaving van het verbod in gewijzigde vorm.

#### 5.4. *Voornaamste bevindingen dwingend recht*

De resultaten van het onderzoek wijzen er op dat men in de praktijk behoefte heeft aan een meer uitgewerkte wettelijke regeling, maar dat de wettelijke regeling aanvullend van aard dient te zijn. Het ontbreken van dwingendrechtelijke regels wordt als een van de voordelen van de regeling van de personenvennootschap ervaren. In lijn hiermee blijkt dat het merendeel van de respondenten het verbod op de Societas Leonina niet zou willen handhaven.

Ten aanzien van het beheersverbod voor de commanditaire vennoot, komt een tegengesteld beeld naar voren. Het merendeel van de respondenten blijkt voor handhaving van het verbod. Een verklaring hiervoor is wellicht dat het beheersverbod, anders dan het verbod op de Societas Leonina, niet zozeer ingrijpt in de contractsvrijheid maar, in haar huidige vorm, feitelijk een anti-misbruikbepaling is.

### 6. **Niet bevraagde knelpunten en problemen**

Ter afsluiting van de questionnaire is de respondenten gevraagd of er naar hun mening knelpunten of problemen zijn die niet in de questionnaire aan de orde zijn geweest. Deze vraag hebben 32 respondenten (bijna 13%) bevestigend beantwoord, 22 van hen hebben aangegeven welke punten dat betreft.

Voor een deel betreft dit punten die niet juridisch-inhoudelijk zijn, zoals dat het tijd wordt voor een moderne regeling of juist dat er nu niet overhaast moet worden begonnen aan een nieuwe regeling dan wel dat de huidige regeling prima voldoet, zodat met een herschikking en waar nodig herformulering kan worden volstaan. Soms hebben de opmerkingen een meer praktisch karakter bijvoorbeeld over de opstelling van de Kamer van Koophandel, zaken die in de praktijk veelal niet goed worden vastgelegd in het contract en dat de vennoten veelal streven naar afscherming van hun aansprakelijkheidsrisico's. Voor een deel worden de genoemde punten elders geadresseerd, zoals de wenselijkheid van rechtspersoonlijkheid, een herbezinning op het aansprakelijkheidsregime, en de wenselijkheid van een rechtsvorm voor beoefenaren van een vrij beroep zonder hoofdelijke aansprakelijkheid.

Hierna noem ik slechts de punten die duiden op knelpunten of problemen met de huidige regeling die niet elders in deze beschouwing aan de orde zijn geweest. De genoemde punten zijn:

- (i) Naar huidig recht leidt het uittreden van een vennoot als regel tot ontbinding van de vennootschap. Het uitgangspunt dat de vennootschap blijft voortbestaan bij het uittreden van een vennoot zoals was voorzien in art. 7:818 ontwerp Titel 7.13, is te prefereren boven de huidige regel.
- (ii) Naar huidig recht is onduidelijk of een nieuw toegetreden vennoot aansprakelijk is voor verbintenissen van de vennootschap van voor zijn toetreden. Deze onduidelijkheid zou in een nieuwe regeling moeten worden weggenomen.<sup>32</sup>
- (iii) Naar huidig recht is niet steeds duidelijk of de curator gehouden is aan voortzettings- en vermogensbedingen. De nieuwe regeling zou hierin moeten voorzien.<sup>33</sup>
- (iv) Er is thans onduidelijkheid over de inschrijfplicht van stille maatschappen: helder zou moeten zijn dat de stille maatschap niet hoeft te worden ingeschreven.
- (v) De grens tussen beheren en beschikken is niet steeds helder.
- (vi) De omzetting van een personenvennootschap in een BV is (fiscaal) ingewikkeld. Het ontwerp Titel 7.13 voorzagt in een goede regeling.
- (vii) Een regeling voor juridische fusie en splitsing van de personenvennootschap is wenselijk.
- (viii) Een regeling die de overdracht van (het aandeel in) de onderneming als zodanig mogelijk maakt, is wenselijk.
- (xi) De fiscale regelingen met betrekking tot de overdrachtsbelasting en het strikte toestemmingsvereiste voor fiscale transparantie, zijn complicerend.

Ten aanzien van deze punten merk ik op dat zij door een beperkt aantal respondenten en soms zelfs maar eenmaal zijn genoemd. Dit doet er niet aan af dat het adresseren van deze punten nuttig kan zijn. Bij het ontwerpen van een nieuwe regeling, kan men hiermee zijn voordeel doen. Het verdient daarom aanbeveling om van deze punten kennis te nemen en in de te maken keuzes te betrekken.

## 7. Slotconclusies

Uit het onderzoek komt naar voren dat de personenvennootschap als rechtsvorm voor ondernemingen onmiskenbaar voorziet in een behoefte. Er is geen reden om te veronderstellen dat de flexibilisering van het BV-recht hierin verandering van betekenis zal brengen. Invoering van de flex-BV heeft daarom voor de wetgever ook geen reden te zijn om geen aandacht te besteden aan een nieuwe regeling voor de personenvennootschap. Integendeel, uit de respons op de questionnaire blijkt dat behoefte bestaat aan een volledig wettelijke regeling, mits regelend van aard.

---

<sup>32</sup> Art. 7:824 lid 2 ontwerp Titel 7.13, voorzag hierin.

<sup>33</sup> Art. 7:821 lid 1 ontwerp Titel 7.13, voorzag hierin.

De personenvennootschap ontleent haar aantrekkingskracht – zo blijkt uit het onderzoek (§ 2) – naast fiscale transparantie vooral aan kenmerken die kunnen worden benoemd als voordelig, eenvoudig, informeel, flexibel (oprichting, wijziging, opheffing), weinig restricties (taalvoorschriften, inbreng en terugbetaling etc.), minder administratieve rompslomp en vertrouwelijkheid van de afspraken. Daarbij speelt in bepaalde sectoren traditie een belangrijke rol bij de keuze voor de rechtsvorm van de personenvennootschap. Bij een nieuw te ontwerpen regeling moeten deze kenmerken behouden blijven en waar mogelijk worden versterkt. In dit verband blijkt uit het onderzoek brede steun voor afschaffing van het verbod op de Societas Leonina, althans in haar huidige vorm (zie nader § 5).

Voor wat betreft de huidige indeling van de personenvennootschappen, kan uit het onderzoek worden afgeleid dat het onderscheid tussen beroep en bedrijf in de praktijk niet tot echte problemen leidt. Enige aanscherping van dit onderscheid is wellicht niet noodzakelijk, maar zou welkom zijn. De wet en toelichting zouden hiertoe duidelijker handvatten kunnen bieden (zie nader § 3.2).

Ten aanzien van het onderscheid tussen de stille en de openbare vennootschap, acht het merendeel van de respondenten een open norm als de verkeersopvattingen niet wenselijk. Gezien de vrij ingrijpende gevolgen van de kwalificatie ‘stil’ dan wel ‘openbaar’, kan ik mij daarin vinden. Een van de discussiepunten in dit verband is de vraag wat onder een ‘gemeenschappelijke naam’ moet worden begrepen. Bepaald zou kunnen worden dat de vennootschap als stil wordt aangemerkt indien alle namen van de vennoten in de naam van de vennootschap voorkomen en er overigens geen gemeenschappelijk element is. De vraag blijft dan echter wat een gemeenschappelijk element is. Aanscherping zou kunnen geschieden door het element van de ‘gemeenschappelijke naam’ te laten vervallen en als criterium te hanteren dat de vennoten kenbaar in vennootschappelijk verband aan het rechtsverkeer deelnemen (zie nader § 3.3).

Uit het onderzoek blijkt ook dat een openbare personenvennootschapsvorm waarbij de vennoten als regel niet persoonlijk verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap, beschikbaar zou moeten zijn. In deze behoefte voorziet thans de maatschap. Of de situatie op dit punt geheel ongewijzigd zou moeten blijven, komt niet eenduidig uit het onderzoek naar voren (§ 3.1). Een van het huidige recht afwijkende opbouw is op zichzelf verdedigbaar (zie nader § 3.4.3), maar uit het onderzoek blijkt dat er ook argumenten zijn voor handhaving van de huidige opbouw. Indachtig het adagium ‘if it ain’t broken, don’t fix it’, verdient het mijns inziens aanbeveling om voor wat betreft de opbouw van de verschillende rechtsvormen de bestaande lijn te continueren.

Hierbij verdient vermelding dat uit het onderzoek een voorkeur blijkt om ook de openbare maatschap evenals de vennootschap onder firma toe te rusten met een afgescheiden vermogen (§ 3.1). Hiervan uitgaande ligt het voor de hand om ook het regime ten aanzien van de vertegenwoordiging en aansprakelijkheid in lijn te

brengen met die voor de vennootschap onder firma. Doordenkend op deze lijn zou de ‘openbare maatschap’ met de vennootschap onder firma kunnen worden gelijk gesteld, met uitzondering van de verbintenissen die rechtstreeks voortvloeien uit de uitoefening van het beroep (§ 3.4.3).

Ten aanzien van de toerusting van de personenvennootschap kent de huidige regeling enkele knelpunten. De belangrijkste hiervan zijn goederenrechtelijk van aard. De wisseling van vennoten is vanwege de goederenrechtelijke afwikkeling die daarmee gepaard gaat, bewerkelijk. Ditzelfde geldt voor de overdracht van de onderneming en de inbreng in een BV of NV. In dit verband kunnen ook worden genoemd de werking van voortzettings- en vermogensbedingen bij faillissement.

Bij het ontwerpen van een nieuwe regeling ligt hier een mogelijkheid om significante winst te behalen. Dit kan door aanpassingen in de goederenrechtelijke aspecten van de samenwerking. Een andere mogelijkheid is de openbare personenvennootschap rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Uit het onderzoek blijkt dat voor deze laatste optie brede steun bestaat (§ 4.1). Hierbij teken ik aan dat de respondenten niet is gevraagd of zij een goederenrechtelijke oplossing zouden prefereren boven het toekennen van rechtspersoonlijkheid. De oplossingsrichtingen zouden ook gezocht kunnen worden in aanpassing van het goederenrecht. Gezien het feit dat hiervoor zonder succes ook al is gepleit in het kader van het ontwerp Titel 7.13, is het de vraag of de wetgever thans deze weg wel zal willen bewandelen. Zie nader § 4.3.

Met het toekennen van rechtspersoonlijkheid zal de wetgever vermoedelijk minder problemen hebben.<sup>34</sup> Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat de personenvennootschap primair voor de eenvoudige toepassingen geschikt moet zijn. De positieve kenmerken die zij thans heeft – inclusief fiscale transparantie –, moeten daarom zoveel mogelijk behouden blijven. Hoewel significante verbeteringen kunnen worden gerealiseerd door de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid toe te kennen, leidt dit onvermijdelijk tot een zekere mate complicering. Het is zaak om dit tot een minimum te beperken. Indien voor ogen wordt gehouden dat de rechtspersoonlijkheid louter instrumenteel is en dient ter oplossing van bestaande goederenrechtelijke knelpunten, zijn de mogelijkheden hiervoor aanwezig (zie § 4.3).

---

<sup>34</sup> Behalve dat het ontwerp Titel 7.13 hierin voorzag, erkende de wetgever in het kader van de invoeringswet EESV reeds dat rechtspersoonlijkheid van de vof veel complicaties zou wegnemen. Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 20 651, nr. 3, p. 25.



# Enige gedachten over de hoofdlijnen van een nieuwe opzet voor de personenvennootschap, mede in rechtsvergelijkend perspectief

Mr. A.J.S.M. Tervoort\*

## 1. Inleiding

De questionnaire die door het Zuidas Instituut voor Financieel- en ondernemingsrecht is uitgezet en de daarop ontvangen antwoorden en reacties bieden een goede aanleiding enige gedachten te formuleren over de contouren van een nieuw voorstel voor een wettelijke regeling van de personenvennootschap. Dat zal worden gedaan aan de hand van de vragen van de questionnaire en antwoorden daarop, die daartoe met het oog op de overzichtelijkheid in een viertal thema's zullen worden onderverdeeld. Het eerste thema betreft de vraag in welke behoefte de personenvennootschap voorziet, in het bijzonder na de inwerkingtreding van de flex-BV. In het tweede thema zijn de vragen geconcentreerd die betrekking hebben op de aansprakelijkheid bij de diverse soorten personenvennootschappen. Daarbij komt de vraag aan de orde of het huidige onderscheid tussen maatschap en vennootschap onder firma, anders dan in het wetsvoorstel Personenvennootschappen,<sup>1</sup> zou moeten worden behouden, en de vraag of Nederland er goed aan zou doen een personenvennootschapsvorm met beperkte aansprakelijkheid te introduceren. Het derde thema wordt gevormd door de vragen naar de vermogensrechtelijke rechtsbevoegdheid van de personenvennootschap, waarbij ook de kwestie van de rechtspersoonlijkheid aan de orde zal komen. Het laatste thema tenslotte betreft de vraag of de nieuwe regeling van aanvullend of dwingend recht zou moeten zijn, alsmede enige typisch dwingendrechtelijke onderwerpen zoals de *societas leonina* en het beheersverbod bij de commanditaire vennootschap. Al deze onderwerpen zullen in rechtsvergelijkend perspectief worden behandeld. Afgesloten wordt met een conclusie.

---

\* Mr. A.J.S.M. Tervoort is bedrijfsjurist en advocaat te Amsterdam en is als fellow verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht.

<sup>1</sup> Voorstel van wet tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 2, deels gewijzigd door voorstel van wet tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek), *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 2. Beide wetsvoorstellen, die ik in het vervolg tezamen zal aanduiden als 'wetsvoorstel Personenvennootschappen', zijn op 15 december 2011 ingetrokken; zie *Kamerstukken I* 2011/12, 28 746 en 31 065, D, p. 1.

## 2. Personenvennootschap als ondernemingsvorm

De personenvennootschap heeft een eigen plaats op de markt voor commerciële samenwerkingsvormen. Zij wordt veel gebruikt in het vrije beroep, door het midden- en kleinbedrijf, als vehikel voor collectieve belegging of gezamenlijke investering, en als joint-venture-, acquisitie- en financieringsvehikel en als tussenhoudstermaatschappij in concernstructuren.<sup>2</sup> De keuze voor een personenvennootschap wordt vooral ingegeven door fiscale overwegingen, en daarnaast blijken de grotere inrichtingsvrijheid en het grotendeels ontbreken van oprichtings- en andere formaliteiten bij deze keuze een rol te spelen.<sup>3</sup> Haar belangrijkste concurrent op deze markt is, zo blijkt ook uit de antwoorden op de questionnaire, de BV. Daarvoor blijkt -niet heel verrassend- in het bijzonder te worden gekozen indien een afscherming van de persoonlijke aansprakelijkheid van de ondernemer/aandeelhouder wordt beoogd. Daarmee wordt ook bereikt dat een duidelijke scheiding wordt aangebracht tussen het ondernemingsvermogen, dat voor zaakscrediteuren als verhaalsobject beschikbaar is, en het privé-vermogen van de ondernemer/aandeelhouder, waarop privé-crediteuren zich kunnen verhalen. Ook de grotere bekendheid met de BV en de in de markt meer serieuze reputatie van de BV worden als argumenten voor de keuze van een BV genoemd. Vermeldenswaard in dit verband is dat per 1 oktober 2012 de regelgeving ter zake van de BV sterk is vereenvoudigd en geflexibiliseerd.<sup>4</sup> Daarmee is een aantal nadelen die de BV voordien had in vergelijking met de personenvennootschap, vooral gelegen op het terrein van de inrichtingsvrijheid, verdwenen of ten minste in belang afgenomen. Ik noem de mogelijkheid tot het maken van afspraken over de waardering van aandelen, die bij de flex-BV<sup>5</sup> aanmerkelijk groter zijn geworden dan voorheen, het vervallen van het minimumkapitaal bij de flex-BV, het vervallen of versoepelen van tal van bepalingen ter zake van kapitaalbescherming bij de flex-BV en de mogelijkheid de inhoud van de -bij het handelsregister neer te leggen- BV-statuten in standaard gevallen te beperken tot de naam, zetel, het doel, het aandelenkapitaal en een beletregeling voor bestuurders en voor commissarissen, zo die er zijn.<sup>6</sup> Op één punt streeft de flex-BV de personenvennootschap qua inrichtingsvrijheid zelfs voorbij: de flex-BV kan stemrechtloze en winstrechtloze aandelen uitgeven,<sup>7</sup> terwijl een personenvennootschap niet zo kan worden ingericht dat een vennoot geen enkel stemrecht of geen enkel winstrecht heeft. Op de winstrechtloze aandelen kom ik later in deze bijdrage terug. Toch lijkt het mij dat de flex-BV de personenvennootschap geenszins overbodig zal maken,

2 Zie uitvoeriger: A.J.S.M. Tervoort, 'Het personenvennootschapsrecht en zijn toepassing in de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/47, p. 244-246.

3 Zie hierover § 2 van de bijdrage van Van Veen, elders in deze bundel.

4 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 299.

5 Met de term 'flex-BV' wordt de BV aangeduid zoals die wettelijk is geregeld na inwerkingtreding van de in noot 4 bedoelde wet.

6 Zie uitvoeriger: A.J.S.M. Tervoort, a.w. (noot 2) p. 248.

7 Zie art. 2:216 lid 7 respectievelijk art. 2:228 lid 5 BW zoals deze artikelen luiden na inwerkingtreding van de in noot 4 bedoelde wet. Overigens kan een aandeel volgens art. 2:228 lid 5 BW niet tegelijkertijd stemrechtloos én winstrechtloos zijn.

al zal de personenvennootschap -dat wijzen resultaten van de questionnaire ook uit-een deel van haar attractie verliezen.<sup>8</sup> Een zwaardere klap zou aan het gebruik van de personenvennootschap worden toegebracht wanneer het wettelijk mogelijk zou worden gemaakt ten aanzien van de BV voor fiscale transparantie te opteren.<sup>9</sup> Daarmee zou de BV de schier onverslaanbare combinatie van inrichtingsvrijheid, beperkte aansprakelijkheid en fiscale transparantie kennen. Desalniettemin ben ik ervan overtuigd dat ook dan de personenvennootschap bestaansrecht heeft. Typologisch zal de inrichtingsvrijheid bij de personenvennootschap *grosso modo* altijd groter blijven dan bij een entiteit die gekenmerkt wordt door een beperking van de aansprakelijkheid van haar aandeelhouders. Aannemelijk is dat op terreinen als vertegenwoordiging, winstverdeling en vertrouwelijkheid van commercieel of anderszins als gevoelig aangemerkte gegevens zoals de jaarrekening de personenvennootschap voordelen zal blijven bieden die de BV ontbeert. Voor bepaalde ondernemers en investeerders zullen deze voordelen, naar ik verwacht, ook bij beschikbaarheid van een fiscaal transparante BV zwaarder wegen dan het nadeel van de in beginsel onbeperkte aansprakelijkheid bij de personenvennootschap.<sup>10</sup>

In het buitenland komt de personenvennootschap in alle juridisch ook maar enigszins ontwikkelde jurisdicties voor. Er is voor zover mij bekend ook geen enkel land dat de personenvennootschap als een overbodige rechtsvorm heeft aangemerkt en uit zijn wetgeving heeft verwijderd. Het zou me dan ook verbazen wanneer de personenvennootschap in Nederland zichzelf op korte of zelfs op lange termijn zou overleven: de flexibilisering van de BV, de opkomst van de coöperatie,<sup>11</sup> het toepassen van buitenlandse rechtsfiguren als samenwerkingsvorm en de mogelijke introductie van de optie om de BV fiscaal transparant te maken zullen de behoefte aan de personenvennootschap wel doen afnemen, maar niet doen verdwijnen. Dat veronderstelt overigens wel dat we in Nederland een moderne, op de hedendaagse behoeften afgestemde regeling van de personenvennootschap krijgen: stilstand hier is geen optie.

### 3. Personenvennootschapsvormen en aansprakelijkheid

In het wetsvoorstel Personenvennootschappen werd geen onderscheid gemaakt tussen de maatschap en de vennootschap onder firma: voorzien was dat beide

---

8 In vergelijkbare zin: D.F.M.M. Zaman, 'Karakterverschillen tussen de flexibele BV en de personenvennootschap', in: *Flexibele rechtsvormen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen, deel 98, Deventer: Kluwer 2008, p. 23-36, in het bijzonder p. 28.

9 Zie J.L. van de Streek, 'Proefballonnen voor de toekomst van de vennootschapsbelasting', *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 2012/329 en de bijdrage van Van Horzen en Bellingwout elders in deze uitgave. Overigens lijkt de Minister van Justitie niet over te lopen van enthousiasme voor de gedachte dat een BV zou kunnen opteren voor fiscale transparantie: zie *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, E, p. 20-21.

10 Zie ook § 2.3 van de bijdrage van Van Veen elders in deze bundel.

11 Zie voor de juridische aspecten daarvan: D. Plaggemars, 'Aantrekkelijke alternatieven voor de maatschap' *Advocatenblad* 2011, nr. 8, p. 24-26, en D.F.M.M. Zaman & J.J.M. Grapperhaus, 'De coöperatie of de (flex-)bv als samenwerkingsvorm voor beroepsbeoefenaren?', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2011/50, p. 9-17. Zie ook het aan de coöperatie gewijde themanummer van *Ondernemingsrecht* 2012-10/11.

rechtsfiguren zouden opgaan in een nieuwe rechtsvorm, die ‘vennootschap’ werd genoemd. De vennoten van een dergelijke vennootschap zouden, net als die van een huidige vennootschap onder firma, hoofdelijk voor het geheel van de schulden van de vennootschap verbonden zijn.<sup>12</sup> Aan het voorstel het onderscheid tussen de maatschap en de vennootschap onder firma te laten vervallen lag de gedachte ten grondslag dat het verschil tussen beroep en bedrijf heden ten dage sterk was vervaagd.<sup>13</sup> De toegenomen winstgerichtheid, de schaalvergroting en de steeds professionelere bedrijfsvoering van vrije-beroepsorganisaties spelen hierbij een belangrijke rol.<sup>14</sup> Op grond van het vervagen van het onderscheid tussen beroep en bedrijf leek het de wetgever niet langer wenselijk hieraan zulke ingrijpende verschillen in aansprakelijkheid te verbinden. De maten van een maatschap, de traditionele rechtsvorm van het vrije beroep, zijn krachtens art. 7A:1680 BW immers ieder voor een gelijk deel voor de deelbare vennootschapsschulden aansprakelijk, terwijl de vennoten van een vennootschap onder firma krachtens art. 18 WvK hoofdelijk voor vennootschapsschulden verbonden zijn. Zonder flankerende regelgeving zou het laten vervallen van dit verschil zoals voorgesteld in het wetsvoorstel Personenvennootschappen hebben betekend dat vrije-beroepsbeoefenaren die wensen samen te werken middels een personenvennootschap hoofdelijk verbonden zouden worden voor alle vennootschapsschulden. Om dit effect te verzachten werd in art. 7:813 lid 2 BW zoals voorgesteld in het wetsvoorstel Personenvennootschappen bepaald dat een vennoot niet aansprakelijk was ter zake van een tekortkoming in de nakoming van een door de vennootschap aangegane overeenkomst van opdracht, indien deze tekortkoming hem niet kon worden toegerekend. Daarmee werd beoogd dat beroepsfouten van een vennoot niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de overige vennoten zouden leiden. Deze opzet heeft nogal wat kritiek opgeroepen: men was bevreesd dat vennoten eerder dan thans het geval is hoofdelijk aansprakelijk zouden worden gehouden voor door een andere vennoot ten name van de vennootschap aangegane verbintenissen.<sup>15</sup> Deze vrees klinkt ook door in de antwoorden op de questionnaire: de wens om op enigerlei wijze te bewerkstelligen dat niet iedere individuele maat of vennoot voor iedere vennootschapsschuld aansprakelijk is werd veelvuldig genoemd. Daaraan verwant is de vraag wanneer van een openbare en wanneer van een stille vennootschap kan worden gesproken: bij een echt stille vennootschap, derhalve een vennootschap die in het geheel niet naar buiten optreedt, komen vragen naar aansprakelijkheid van anderen dan de handelende persoon niet aan de orde. Daartoe is dan wel nodig

12 Art. 7:813 lid 1 BW, zoals voorgesteld in het wetsvoorstel Personenvennootschappen.

13 Voorstel van wet tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3 (MvT), p. 8.

14 Zie ter illustratie Rb. Utrecht 6 februari 1974, *NJ* 1974, 381 (Ekseption), waarin de rechtbank onder andere overweegt dat de onderhavige activiteit van de groep duidelijk is uitgestegen boven het niveau van het eenvoudige tezamen uitoefenen van een beroep, doch zich (langzamerhand) veeleer heeft ontwikkeld tot een goed georganiseerde bedrijfsmatige exploitatie van een ‘muziekbedrijf’.

15 Zie I.S. Wuisman, *Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?* (diss. Rotterdam), Serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen en Erasmus Universiteit Rotterdam nr. 81, Deventer: Kluwer 2011, p. 242-246 en p. 260.

dat duidelijk is wanneer een vennootschap als niet-openbaar en daarmee als stil is aan te merken. Dit blijkt ook uit de resultaten van het onderzoek.<sup>16</sup>

Juist met het oog op het beperken van de aansprakelijkheid van vrije-beroepsbeoefenaren zijn de laatste decennia in veel buitenlandse jurisdicties rechtsvormen ontwikkeld die de vennoten in meerdere of mindere mate bescherming bieden tegen claims van derden. In Duitsland heeft men daartoe de *Partnerschaftsgesellschaft* geïntroduceerd,<sup>17</sup> en de Verenigde Staten<sup>18</sup> en Engeland,<sup>19</sup> en vervolgens ook<sup>20</sup> in landen als China,<sup>21</sup> India<sup>22</sup> en Singapore<sup>23</sup> heeft de *Limited Liability Partnership* ('LLP') het daglicht gezien. Deze rechtsfiguren hebben gemeen dat zij hun vennoten, ook wel 'leden' (*members*) genoemd, een zekere bescherming bieden tegen in het bijzonder de aansprakelijkheidsgevolgen van beroepsfouten van mede-vennoten, maar de wijze waarop dit is uitgewerkt en daarmee de omvang van deze bescherming lopen onderling sterk uiteen.<sup>24</sup>

Het komt mij voor dat Nederland er inderdaad goed aan zou doen een aparte rechtsvorm in het leven te roepen voor het vrije beroep met een beperking van de aansprakelijkheid van de vennoten:<sup>25</sup> de openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Ik zou daarbij voorstander zijn van een opzet waarbij de beperking van de aansprakelijkheid slechts de gevolgen van beroepsfouten van mede-vennoten omvat: niet is in te zien dat de vennoten van een dergelijke vennootschap buiten het terrein van hun beroepsactiviteiten een grotere bescherming tegen aansprakelijkheid zouden dienen te genieten dan vennoten van een 'gewone' openbare vennootschap. Dat noopt er vanzelfsprekend toe duidelijk te markeren wie voor deze rechtsvorm met haar beroepsaansprakelijkheidsbeperking zouden kunnen opteren. Teneinde te voorkomen dat het inderdaad obsoleete onderscheid tussen beroep en bedrijf alleen voor dit onderwerp in de wet zou dienen te worden gehandhaafd lijkt het mij zinvol aan te sluiten bij de benadering waarvoor de Duitse wetgever voor deze kwestie heeft geopteerd. Art. 1 lid 2 van het *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz* bevat een - blijkens de tekst overigens niet geheel limitatieve- opsomming van de beroepsbeoefenaren die op de aansprakelijkheidsbeperking van die wet aanspraak kunnen

<sup>16</sup> Zie § 3.3 van de bijdrage van Van Veen elders in deze bundel.

<sup>17</sup> *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz* (*Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe*) vom 25.07.1994 (BGBl. I S. 1744), in werking getreden op 1 juli 1995.

<sup>18</sup> Section 306(c) of the *Revised Uniform Partnership Act* (1997) ('RUPA'). Zie hierover in de Nederlandse taal: J.M. Blanco Fernández & M. van Olfen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen, deel 94, Deventer: Kluwer 2007, p. 7-29.

<sup>19</sup> *Limited Liability Partnerships Act 2000*. Zie hierover in de Nederlandse taal: J.M. Blanco Fernández & M. van Olfen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen, deel 94, Deventer: Kluwer 2007, p. 29-47.

<sup>20</sup> De navolgende opsomming is verre van volledig.

<sup>21</sup> In China is deze vennootschap een variant op de *general partnership*. Zie *Partnership Enterprise Law of the People's Republic of China*, Section 6, Article 55.

<sup>22</sup> *Limited Liability Partnership Act 2008*.

<sup>23</sup> *Limited Liability Partnerships Act 2005*.

<sup>24</sup> Zie voor de verschillen tussen alleen al de diverse Amerikaanse staten: I.S. Wuisman, a.w. (noot 15), p. 170-182.

<sup>25</sup> Aldus ook: Harold Koster, 'Herziening personenvennootschappen: Nieuwe ronde, nieuwe kansen?', *WPNR* 2012/6941. Zie ook § 3.4.3 van de bijdrage van Van Veen elders in deze bundel.

maken.<sup>26</sup> Ik denk dat een opsomming van vrije beroepen waarvan de beoefenaren kunnen opteren voor de openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ook in Nederland aanbeveling verdient, in die zin dat deze dan wel limitatief is. Bij de selectie van de beroepen die hiervoor in aanmerking komen kan als criterium enerzijds worden gebruikt de vraag of de beoefenaar van een dergelijk beroep voorzienbaar zal kunnen worden geconfronteerd met schadevergoedingsvorderingen van derden ter zake van zijn beroepsuitoefening die onevenredig hoog zijn vergeleken met de aard van en de beloning voor zijn werkzaamheden en anderzijds de vraag of het desbetreffende beroep wettelijk beschermd is, zodat de toegang tot de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking aan zekere waarborgen ter zake van de beroepsbeoefening is gebonden. Ik werk dit hier verder niet uit, nu Prof. Wuisman in haar dissertatie zo overtuigend heeft aangetoond waarom een Nederlandse *LLP* gewenst is, al wijkt haar benadering enigszins af van de mijne.<sup>27</sup> Bij aanvaarding van deze gedachte kunnen de huidige maatschap en de huidige vennootschap onder firma, zoals in het wetsvoorstel Personenvennootschappen, opgaan in één rechtsvorm, de openbare vennootschap. Deze rechtsvorm kan dan zowel door het vrije beroep als door het bedrijfsleven worden toegepast; de vennoten daarvan zijn hoofdelijk en onbeperkt voor alle vennootschapsschulden verbonden. Als partijen een beperking van hun beroepsaansprakelijkheid wensen en ze oefenen een in de wettelijke opsomming genoemd vrij beroep uit, dan kunnen zij opteren voor de openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Wat in een dergelijk stelsel dan nog overblijft is de noodzaak tot een heldere markering van de stille vennootschap ten opzichte van de openbare vennootschap: duidelijk moet zijn in welke gevallen een als 'stil' bedoelde vennootschap niet of niet langer als zodanig kwalificeert. Wat mij betreft is hier een duidelijke lijn op zijn plaats: zodra twee of meer (rechts)personen zich in het economisch verkeer op een zodanige wijze naar buiten presenteren dat derden daaruit redelijkerwijze mogen afleiden dat zij op de een of andere manier samenwerken, dan is het samenwerkingsverband niet langer als 'stil' aan te merken. Derden mogen er dan van uitgaan dat partijen een vennootschap hebben gevormd. Op basis daarvan mogen zij degenen die zich aldus presenteren beschouwen als hoofdelijk verbonden vennoten. Als resultaat van een dergelijke opzet dan de volgende subvormen van de personenvennootschap kunnen worden onderscheiden:

1. de stille vennootschap: deze treedt op geen enkele wijze als zodanig naar buiten op; de persoon die voor rekening van de vennootschap naar buiten handelt doet dat op eigen naam en bindt daarmee alleen zichzelf;
2. de openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: deze treedt als zodanig naar buiten op; voor bepaalde, aan het door de vennootschap uitgeoefende vrije beroep gerelateerde rechtshandelingen en eveneens daaraan gerelateerde onrechtmatige daden zijn de vennoten niet aansprakelijk en is de pleger zelf volledig aansprakelijk; voor andere vennootschapsverbintenissen dan hiervoor bedoeld zijn alle vennoten onbeperkt en hoofdelijk verbonden;

<sup>26</sup> Zie § 3.2 van de bijdrage van Van Veen elders in deze bundel.

<sup>27</sup> I.S. Wuisman, a.w. (noot 15), p. 267-354. Zie ook: J.A. McCahery & E.P.M. Vermeulen, 'De behoefte aan een Nederlandse "personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid"', *Ondernemingsrecht* 2005/137.

3. de openbare vennootschap: ook deze treedt als zodanig naar buiten op; de vennoten zijn voor alle verbintenissen van de vennootschap onbeperkt en hoofdelijk verbonden;
4. de commanditaire vennootschap: ook deze treedt ook als zodanig naar buiten op;<sup>28</sup> naast vennoten die voor alle verbintenissen van de vennootschap onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk zijn kent deze rechtsvorm net als onder het huidige recht commanditaire vennoten, die naar buiten in het geheel niet aansprakelijk zijn (en intern, jegens de volledig aansprakelijke vennoten, slechts beperkt draagplichtig).

#### 4. Rechtsbevoegdheid/rechtspersoonlijkheid

Uit de antwoorden op de vragen in de ZIFO-questionnaire blijkt dat een grote meerderheid van de respondenten het ontbreken van rechtspersoonlijkheid bij de personenvennootschap als een knelpunt ervaart. Inderdaad is met het toekennen van rechtspersoonlijkheid een aantal van de huidige problemen van de personenvennootschap relatief eenvoudig op te lossen. Het meest in het oog springend is de goederenrechtelijke afwikkeling van wisselingen in het vennotenbestand: bij in- en uittreden van een vennoot behoeft dan niet langer een onverdeeld aandeel in de afzonderlijke goederen van de vennootschap te worden geleverd met inachtneming van de daarvoor in boek 3 BW voorgeschreven leveringsformaliteiten, maar kan een aandeel in de vennootschap/rechtspersoon bij één akte aan de voortzettende of toetredende vennoot of vennoten worden geleverd.<sup>29</sup> Er zijn ook enige andere, minder vaak genoemde voordelen aan toekenning van rechtspersoonlijkheid verbonden. Het wordt goederenrechtelijk mogelijk om op een aandeel in een personenvennootschap een pandrecht of recht van vruchtgebruik te vestigen;<sup>30</sup> naar huidig recht is het minst genomen onzeker of dat wel te realiseren is. Ook het participeren van de ene personenvennootschap in een andere personenvennootschap en daarmee het tot stand brengen van concernrechtelijke verhoudingen tussen personenvennootschappen wordt sterk vereenvoudigd door het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de personenvennootschap.<sup>31</sup>

Ook in het buitenland wordt de personenvennootschap veelal rechtspersoonlijkheid toegekend of wordt althans aanvaard dat deze zelfstandig aan het handels- en rechtsverkeer kan deelnemen. In Frankrijk hebben alle personenvennootschapsvormen krachtens art. 1842 lid 1 *Code Civil* rechtspersoonlijkheid. De Belgische vennootschap onder firma en gewone commanditaire vennootschap zijn krachtens

28 Evenals in het wetsvoorstel Personenvennootschappen is in dit systeem een zogeheten stille commanditaire vennootschap geen commanditaire vennootschap in de zin van de wet; deze is hooguit een stille vennootschap met bijzondere, uitsluitend intern werkende regels ten aanzien van de onderlinge draagplicht voor verliezen.

29 L. Timmerman, 'De rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 96-98.

30 Of het vestigen van een pandrecht of een vruchtgebruik dan in feite ook kan worden gerealiseerd wordt bepaald door de bepalingen omtrent overdraagbaarheid van het aandeel in de vennootschapsovereenkomst.

31 Zie uitvoeriger: A.J.S.M. Tervoort, a.w. (noot 2), p. 248-249.

art. 2 § 2 Wetboek van Vennootschappen rechtspersoon, maar volgens art. 46 Wetboek van Vennootschappen is de maatschap dat niet. In Duitsland hebben de *offene Handelsgesellschaft* (vof) en de *Kommanditgesellschaft* (CV) krachtens art. 124 *Handelsgesetzbuch* rechtsbevoegdheid, maar de *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (de openbare maatschap) niet.<sup>32</sup> Zwitserland vertoont een vergelijkbaar beeld: aldaar missen de *Kollektivgesellschaft* (de Zwitserse aanduiding van de vof) en de *Kommanditgesellschaft* rechtspersoonlijkheid,<sup>33</sup> maar krachtens art. 562 *Obligationenrecht* kunnen zij wel in eigen naam in het handelsverkeer optreden en als zodanig in rechte betrokken worden en anderen in rechte betrekken. Een Zwitserse *einfache Gesellschaft* (openbare maatschap) mist deze mogelijkheden.<sup>34</sup> De Engelse *partnership* ontbeert rechtspersoonlijkheid, maar de Schotse heeft deze krachtens art. 4 lid 2 *Partnership Act 1890* weer wel, en dat laatste kenmerk is ook de reden dat in de praktijk veel van de Schotse *partnership* gebruik wordt gemaakt. Een Amerikaanse *partnership* is volgens § 201 (a) van de *Revised Uniform Partnership Law* rechtspersoon, en datzelfde geldt krachtens § 104 (a) van de *Uniform Limited Partnership Law* ook voor de *limited partnership*, de Amerikaanse CV.

Gelet op daaraan verbonden voordelen verdient het aanbeveling in de toekomstige wettelijke regeling in Nederland de personenvennootschap rechtspersoonlijkheid toe te kennen. De vraag is dan wel of dat voor alle openbare<sup>35</sup> personenvennootschappen dwingend zou moeten worden voorgeschreven of dat net als onder het wetsvoorstel Personenvennootschappen een optie-systeem zou moeten worden geïntroduceerd, waarin de vennoten de keuze hebben hun personenvennootschap al dan niet met rechtspersoonlijkheid uit te rusten. Op zich zou ik, puur vanuit een vennootschapsrechtelijk gezichtspunt, voorstander zijn van een stelsel waarbij iedere openbare personenvennootschap bij het voldoen aan bepaalde eenvoudige formaliteiten, waarover hieronder meer, rechtspersoonlijkheid verwerft.<sup>36</sup> Uitgaande van een systeem waarbij het verkrijgen van deze rechtspersoonlijkheid niet met allerlei beperkingen en kosten gepaard gaat zie ik vennootschapsrechtelijk geen rechtens te honoreren belangen die een noodzakelijkerwijs gecompliceerd optie-systeem zouden rechtvaardigen. Er steekt echter een fiscaal addertje onder het gras. In Engeland werd bij de -overigens prematuur geaborteerde- herzieningsvoorstellen voor het personenvennootschapsrecht de Engelse *limited partnership* rechtspersoonlijkheid toegekend. Dat zou evenwel volgens de Engelse wetgever het risico oproepen dat buitenlandse belastingautoriteiten een dergelijke *limited partnership* niet langer als fiscaal transparant zouden aanmerken. Om dat te voorkomen is toen voorgesteld naast de gewone *limited partnership* met rechtspersoonlijkheid ook een *special limited partnership* mogelijk te maken, die zich van de gewone *limited partnership*

32 Al wordt sinds enige tijd aanvaard dat de *GbR* wel 'rechtsfähig' is; zie Bundesgerichtshof, Urteil vom 29. Januar 2001, BGHZ 146, 341.

33 Meier-Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Bern: Stämpfli Verlag 2004, p. 311-312 en p. 333.

34 Meier-Forstmoser, a.w. (vorige noot), p. 285-286.

35 Dat aan de stille vennootschap geen rechtspersoonlijkheid kan worden toegekend is een noodzakelijk sequeel van haar opzet zoals die mij voor ogen staat en is daarmee een vanzelfsprekendheid.

36 Aldus ook: Harold Koster, 'Herziening personenvennootschappen: Nieuwe ronde, nieuwe kansen?', *WPNR* 2012/6941.



alleen maar onderscheidt door het feit dat zij geen rechtspersoonlijkheid kende.<sup>37</sup> Dit is derhalve een punt dat fiscale aandacht verdient bij de vormgeving van het nieuwe personenvennootschapsrecht in Nederland.

Aan welke formaliteiten zou een personenvennootschap moeten voldoen ter verkrijging van rechtspersoonlijkheid? In art. 7:802 lid 1 BW zoals voorgesteld in het voorstel Personenvennootschappen was daartoe een notariële akte vereist. Dat had ongetwijfeld een aantal voordelen, zoals de rechtszekerheid en de deskundige juridische begeleiding bij het aangaan van een personenvennootschap/rechtspersoon.<sup>38</sup> Toch zijn aan de verplichte tussenkomst van de notaris een aantal nadelen verbonden, die in het bijzonder zijn gelegen in de daaraan verbonden tijd en kosten.<sup>39</sup> Zo met het oog op het vermijden daarvan wettelijk voorzien zou worden in het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid zonder de formaliteit van een notariële akte, dan is een alternatieve formaliteit nodig ter fixatie van het feit dat en van het ogenblik waarop de vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt. In het buitenland is verkrijging van rechtspersoonlijkheid door een personenvennootschap doorgaans gekoppeld aan inschrijving in het handelsregister. Als voorbeelden noem ik Frankrijk,<sup>40</sup> België,<sup>41</sup> en de Verenigde Staten.<sup>42</sup> Ook in Nederland lijkt mij dat een goede oplossing: een openbare personenvennootschap verkrijgt van rechtswege rechtspersoonlijkheid bij de toch al verplichte inschrijving in het handelsregister. Wanneer een openbare vennootschap zich in strijd met haar rechtsplicht niet heeft ingeschreven staat daarop de civielrechtelijke sanctie dat de beperkingen of voorwaarden voor gebondenheid van de vennoten uit de vennootschapsovereenkomst niet gelden: de vennoten zijn daarmee allen ongeacht het doel van de vennootschap en ongeacht eventuele vertegenwoordigingsbeperkingen voor alle verbintenissen van de vennootschap hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk; zie het huidige art. 29 WvK. Bovendien is het niet voldoen aan de verplichting tot het doen van enige wettelijk voorgeschreven opgave ter inschrijving in het handelsregister volgens art. 1 lid 1, onderdeel 4, van de Wet op de economische delicten economisch delict, dat kan worden bestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de vierde categorie (sinds 1 januari 2012: € 19.500, zie art. 23 lid 4 Wetboek van Strafrecht). Bovendien kunnen krachtens artikelen 7 en 8 van de Wet op de economische delicten aanvullend nog andere sancties worden opgelegd, zoals gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming gedurende ten hoogste één jaar, verbeurdverklaring of onderbewindstelling van de onderneming gedurende ten hoogste twee jaar. Alles bijeen genomen lijkt dit samenstel van privaatrechtelijke en strafrechtelijke sancties mij een voldoende

37 The Law Commission and the Scottish Law Commission, *Partnership Law: Report on a Reference under Section 3 (1) (e) of the Law Commissions Act 1965*, www.lawcom.gov.uk, 2003, p. 298-302, p. 400-401 en p. 456-467.

38 Aldus voor de BV: D.F.M.M. Zaman: 'Het is onnodig en onwenselijk dat de notariële tussenkomst voor de oprichting van een standaard-BV wordt afgeschaft', *TvOB* 2012-2, p. 31-33.

39 Anders: Harold Koster, a.w. (noot 36), die aan een notariële akte vasthoudt.

40 Art. 1842 lid 1 *Code Civil* jo art. L. 210-6 *Code de Commerce*.

41 Art. 67-69 Wetboek van Vennootschappen.

42 § 105 *Revised Uniform Partnership Act*. Zie hierover in ruimer verband: M.J.G.C. Raaijmakers, 'Aanpassing personenvennootschapsrecht in vergelijkend en historisch perspectief', *Ondernemingsrecht* 2012/46 en M.J.G.C. Raaijmakers, 'Tussen toen en nu: verbrokkeling en herintegratie van het ondernemingsrecht', *TvOB* 2012-4, p. 111-117.

stimulans om te bereiken dat de praktijk aan de wettelijke opgaveverplichting ter inschrijving in het handelsregister zal voldoen.

## 5. Dwingend recht en dwingendrechtelijke regelingen

Het oorspronkelijke wetsvoorstel Personenvennootschappen bevatte in art. 7:804 BW het voorschrift dat van de bepalingen van titel 7.13 BW, de titel waarin de regeling van de personenvennootschap was neergelegd, slechts kon worden afgeweken, voor zover dat uit de wet bleek.<sup>43</sup> Dat betekende dus dat de regeling van de personenvennootschap in beginsel van dwingend recht was. Daarop is de nodige kritiek gekomen, naar aanleiding waarvan de wetgever in de loop van de parlementaire behandeling het uitgangspunt heeft omgekeerd: bepaald werd nu dat de bepalingen van titel 7.13 BW in beginsel van regelen recht waren, tenzij de wet aangaf, of uit de wettekst moest worden afgeleid, dat de desbetreffende bepaling een dwingendrechtelijke karakter had.<sup>44</sup> Ook uit de antwoorden op de ZIFO-questionnaire blijkt van een overweldigende voorkeur voor een personenvennootschapsrecht met zo weinig mogelijk dwingend recht. Zie § 5 van de bijdrage van Van Veen, elders in deze bundel. Dat sluit aan bij het huidige recht, en ook bij de situatie in het buitenland. Ik ken geen jurisdictie waar het personenvennootschapsrecht niet voor het grootste deel aanvullendrechtelijk van aard is; zie bijvoorbeeld Duitsland,<sup>45</sup> Zwitserland,<sup>46</sup> Engeland<sup>47</sup> en de Verenigde Staten.<sup>48</sup> Dat lijkt ook in Nederland de weg voorwaarts, al is er niet aan te ontkomen dat een aantal bepalingen een dwingendrechtelijk karakter zal hebben. In het bijzonder aangelegenheden die de grondstructuur van de vennootschap betreffen of voor derden van belang zijn zullen geheel of voor het grootste deel dwingendrechtelijk moeten zijn geregeld. Wettelijke bepalingen ter zake van de onderlinge verhoudingen tussen de vennoten zouden in ieder geval van aanvullend recht moeten zijn: een van de grootste attracties van de personenvennootschap wordt gevormd door haar flexibele toepassingsmogelijkheden, waarmee de vennoten hun samenwerkingsverband tot in de details in de door hen gewenste vorm kunnen gieten. Daaraan behoort de wet niet te tornen.

Een van de bepalingen die traditioneel van dwingend recht zijn is het verbod van de *societas leonina*: daarmee wordt, althans naar de Nederlandse rechtsopvatting<sup>49</sup> bedoeld een vennootschap die zo is opgezet, dat een of meer partners geen enkel uitzicht hebben op een deel van de winst. Een dergelijke vennootschap is naar

43 Voorstel van wet tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 2, p. 3.

44 Voorstel van wet tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 5-6.

45 § 109 en § 163 *Handelsgesetzbuch*.

46 Meier-Forstmoser, a.w. (noot 33), p. 309.

47 Art. 24 *Partnership Act* 1890.

48 § 103 *Revised Uniform Partnership Act*.

49 Dat is niet overal het geval: in het Zwitserse recht bijvoorbeeld wordt onder een *societas leonina* verstaan een vennootschap waarin is bedongen dat een vennoot niet deelt in de verliezen van de vennootschap. Zie Kai-Michael Hingst, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte*, Berlin: Duncker & Humblot 2003, p. 384.

huidig recht nietig: zie 7A:1672 BW. In het wetsvoorstel Personenvennootschappen had het aangaan van een *societas leonina* in art. 7:815 lid 4 BW in beginsel slechts de nietigheid van dit beding tot gevolg en niet de nietigheid van de gehele vennootschapsovereenkomst.<sup>50</sup> Ook in het buitenland treffen we een dergelijke regel aan, maar niet over de gehele linie. In Frankrijk,<sup>51</sup> België,<sup>52</sup> Zwitserland<sup>53</sup> en Italië<sup>54</sup> bij voorbeeld is het niet toegestaan te bedingen dat een of meer van de vennoten niet in de winst delen. In landen als Duitsland,<sup>55</sup> Oostenrijk<sup>56</sup> en Engeland<sup>57</sup> wordt dit daarentegen niet als een probleem gezien en leidt het opnemen van een dergelijke bepaling noch tot nietigheid van die bepaling noch tot nietigheid van de vennootschapsovereenkomst als zodanig.<sup>58</sup> Uit de antwoorden op de ZIFO-questionnaire blijkt dat het handhaven van het verbod op de *societas leonina* in Nederland niet op een grote steun kan rekenen: een ruime meerderheid van de respondenten ziet dit verbod het liefst vervallen.<sup>59</sup> Interessant is in dit verband een vergelijking met de flex-BV: bij deze versoepelde BV is het, zoals hierboven al kort gememoreerd, krachtens art. 2:216 lid 7 BW mogelijk statutair te voorzien in uitgifte van winstrechtloze aandelen. Gelet enerzijds op de wenselijkheid dat de diverse op besloten verhoudingen gerichte vennootschapsvormen qua inrichtingsvrijheid onderling niet zonder goede grond divergeren en anderzijds de vorenvermelde verlangens uit de praktijk zou mijn conclusie zijn dat afschaffing van het verbod op de *societas leonina* in een nieuwe regeling van de personenvennootschap inderdaad overweging verdient.<sup>60</sup> De vennoten krijgen aldus een grotere vrijheid in de vormgeving van hun onderlinge samenwerking, hetgeen ik zou verwelkomen. Dat zou het ook mogelijk maken aan de – veelal fiscaal geïndiceerde – wens uit de praktijk tegemoet te komen dat de beherende vennoot van een commanditaire vennootschap onafhankelijk van het jaarresultaat van de vennootschap jaarlijkse een – doorgaans beperkte – vaste vergoeding ontvangt voor

50 Voorstel van wet tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 24.

51 *Article 1844-1 Code Civil, alinéa 2.*

52 Artikel 32 Wetboek van Vennootschappen.

53 Kai-Michael Hingst, a.w. (noot 49), p. 385.

54 Artikel 2265 *Codice Civile*.

55 Christoph Schücking, in: Hans Gummert e.a. (red.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, München: Beck 2009, Band I, § 2 Schlüsselbegriffe und Abgrenzungen, aant. g); Hans Joachim Priester, in: Karsten Schmidt e.a. (red.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2, München: Beck/Vahlen 2011, § 121 HGB [Verteilung von Gewinn und Verlust], aant. b). Iets anders geldt overigens voor de *stille Gesellschaft*, die volgens art. 231 lid 4 *Handelsgesetzbuch* niet zo kan worden opgezet dat de *stiller Gesellschafter* niet in de winst deelneemt. Zie Kai-Michael Hingst, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte*, Berlin: Duncker & Humblot 2003, p. 395-396.

56 Kai-Michael Hingst, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte*, Berlin: Duncker & Humblot 2003, p. 367-370.

57 Roderick I'Anson Banks, *Lindley and Banks on Partnership*, London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (Legal) Ltd 2010, nr. 21-01.

58 Ook in Luxemburg is recentelijk een wetsontwerp ingediend waarin wordt bepaald dat het mogelijk is één of meer partners van deelname in de winst uit te sluiten. Zie *Projet de loi no 6471 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, Dépôt le 24 août 2012*, [http://www.chd.lu/wps/PA\\_1\\_084AIVIMRA0614327110000000/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexdpata/Mag/133/173/113722.pdf](http://www.chd.lu/wps/PA_1_084AIVIMRA0614327110000000/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexdpata/Mag/133/173/113722.pdf).

59 Zie § 5.2 van de bijdrage van Van Veen elders in deze bundel.

60 Aldus ook W.J.M. van Veen, 'Verbetering of verrommeling van het vennootschapsrecht', *TvOB* 2010, p. 56; Tom van Duuren, 'To be or not to be: that is the question', *TvOB* 2011, p. 48; Harold Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2012/1362, p. 1639 en dezelfde, a.w. (noot 36).

zijn werkzaamheden. Onder huidige recht zou een dergelijk beding kunnen leiden tot nietigheid van de vennootschap: iedere vennoot moet in de winst deelnemen. Bij vervallen van het verbod op de *societas leonina* zou een dergelijk beding niet op problemen stuiten.

Een andere dwingendrechtelijke bepaling is art. 20 lid 2 WvK, waarin het zogeheten beheersverbod voor de commanditaire vennoot is neergelegd: het is de commanditair verboden zich in te laten met het bestuur van de commanditaire vennootschap. Bij schending van deze norm wordt hij krachtens art. 21 WvK hoofdelijk voor alle schulden van de vennootschap verbonden. In het wetsvoorstel Personenvennootschappen werd deze bepaling gehandhaafd, waarbij haar toepassingsbereik, althans in de opvatting van de meeste auteurs, zelfs werd verruimd. Onder het huidige recht bestaat onduidelijkheid over de vraag of art. 20 lid 2 WvK alleen extern bestuurs-optreden door de commanditair verbiedt of dat deze bepaling zo moet worden uitgelegd dat de commanditair zich ook intern van bestuursbemoeienis dient te onthouden. Het wetsvoorstel Personenvennootschappen loste deze controverse op door deze laatste, ruime opvatting in de wet te verankeren: volgens art. 7:837 lid 2 BW zoals daarin voorgesteld zou het de commanditaire vennoot niet alleen verboden zijn al dan niet krachtens volmacht in naam van de vennootschap jegens derden op te treden, maar het werd hem ook verboden door zijn handelen een beslissende invloed uit te oefenen op het optreden door de besturende vennoot namens de vennootschap. Tegen deze als verruiming van het beheersverbod ervaren bepaling is een storm van protest opgestoken.<sup>61</sup> De respondenten van de ZIFO-questionnaire zijn in meerderheid voor een ‘ongewijzigde’ handhaving van het beheersverbod of zelfs voor een uitbreiding daarvan. Zie hierover § 5.3 van de bijdrage van Van Veen elders in deze bundel. Dat is in zoverre een opmerkelijke uitkomst, dat de huidige regeling allereerst als onduidelijk en daarmee als rechtsonzekerheid veroorzakend wordt aangemerkt. Bovendien wordt het gevolg dat art. 21 WvK aan schending van het beheersverbod verbindt, de onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid van de beherende commanditair voor alle schulden van de vennootschap, wanneer en uit welke bron ook ontstaan, unaniem als te hard aangemerkt. Een ongewijzigde handhaving lijkt daarom niet gewenst.

De meeste buitenlandse jurisdicties kennen een verbod voor de commanditair om de vennootschap te besturen. De reikwijdte daarvan is nogal divers. Engeland bij voorbeeld heeft in art. 6 lid 1 *Limited Partnerships Act 1907* een regeling van het beheersverbod die over het geheel genomen stringenter is dan de Nederlandse: naar Engels recht vallen zowel externe als interne bestuurshandelingen van de commanditaire vennoot onder het beheersverbod.<sup>62</sup> Zelfs het adviseren van de beherend vennoot of het bedingen van goedkeuring door de commanditair van voorgenomen besluiten van de beherend vennoot zal naar Engels recht vermoedelijk al worden

61 Zie voor een overzicht: A.J.S.M. Tervoort, ‘De regeling van de commanditaire vennootschap in titel 7.13 BW’, *TvOB* 2011-2, p. 57, in het bijzonder voetnoot 47.

62 Mark Blackett-Ord & Sarah Haren, *Partnership Law: The modern law of firms, partnerships and LLPs*, Haywards Heath: Bloomsbury Professional Ltd. 2012, nr. 24.11.

aangemerkt als een overtreding van het beheersverbod.<sup>63</sup> Ook overigens bestaat inzake de regeling van het beheersverbod naar Engels recht over de gehele linie een grote mate van onduidelijkheid. In Frankrijk worden krachtens art. L. 222-6 lid 1 *Code de Commerce* uitsluitend zich naar buiten manifesterende bestuurshandelingen door het beheersverbod getroffen. Bovendien differentieert het Franse recht in art. L. 222-6 lid 2 *Code de Commerce* bij het bepalen van de gevolgen van overtreding van het beheersverbod naar het gewicht van de overtreding. Alleen indien de normschending veelvuldig plaatsvindt of ingrijpende gevolgen heeft wordt de beheerende commanditair hoofdelijk aansprakelijk gehouden voor alle vennootschapschulden; in andere gevallen kan de rechter een zekere proportionaliteit aanbrengen tussen de ernst van de normschending en de zwaarte van de daaraan verbonden gevolgen. Ook in Duitsland geldt krachtens § 164 *Handelsgesetzbuch* in beginsel dat een commanditair geen bestuurshandelingen mag verrichten, maar anders dan in het Nederlandse recht is de desbetreffende bepaling krachtens § 163 *Handelsgesetzbuch* van aanvullend recht. Partijen zijn daarmee in zeer verregaande mate vrij de commanditair, zelfs met uitsluiting van de beherende vennoot, contractueel bestuursbevoegdheid te verlenen.<sup>64</sup> Ook is naar Duits recht de commanditair wegens overtreding van het verbod slechts aansprakelijk wanneer dit handelen als misleidend of anderszins onrechtmatig is te kwalificeren.<sup>65</sup> Het meest liberale stelsel kent het Amerikaanse recht. In *Section 303* van de *Uniform Limited Partnership Act 2001* is het beheersverbod geheel afgeschaft, en onder *Section 303* van de daaraan voorafgaande en in veel Amerikaanse staten nog geldende *Revised Uniform Limited Partnership Act 1976* en *Revised Uniform Limited Partnership Act 1985* is door de ruim geformuleerde *safe harbour*-bepalingen contractueel een situatie te bereiken die daarbij dicht in de buurt komt. Bovendien treden de gevolgen van overtreding van het beheersverbod minder snel in dan onder het Nederlandse recht en zijn deze gevolgen, zo ze zich voordoen, doorgaans minder ingrijpend.

In een nieuwe Nederlandse regeling van de personenvennootschap zou het beheersverbod minst genomen moeten worden verduidelijkt, en in geen geval moeten worden verruimd. Dat zou kunnen worden bewerkstelligd door in de wet te bepalen dat een dergelijk verbod alleen geldt voor zich naar buiten manifesterende evidente bestuurs-handelingen van een commanditair. Duidelijk zou moeten zijn, bijvoorbeeld door in de memorie van toelichting een lijst met *safe harbour* bepalingen op te nemen, welke handelingen van de commanditair hem in ieder geval wel zijn toegestaan.<sup>66</sup> Daaronder zouden in ieder geval het bedingen en uitoefenen van toezichts-, goedkeurings- en

63 Roderick I'Anson Banks, *Lindley and Banks on Partnership*, London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (Legal) Ltd 2010, nr. 31-02 en nr. 31-04, voetnoot 21.

64 Barbara Grunewald in: Karsten Schmidt e.a. (red.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2, München: Beck/Vahlen 2011, § 164, aant. 23.

65 Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht, Band II - Recht der Personengesellschaften*, München: Beck 2004, p. 833-834.

66 Recentelijk is ook in Luxemburg een wetsvoorstel ingediend waarin onder andere wordt voorgesteld in de wet een niet-limitatieve catalogus van gedragingen op te nemen die niet als een overtreding van het beheersverbod zijn aan te merken. Zie *Projet de loi no 6471 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs*, *Dépôt le 24 août 2012*, [http://www.chd.lu/wps/PA\\_1\\_084AIVIMRA0614327110000000/FTSByteServingServletImpl/?path=/export/exped/sexdpata/Mag/133/173/113722.pdf](http://www.chd.lu/wps/PA_1_084AIVIMRA0614327110000000/FTSByteServingServletImpl/?path=/export/exped/sexdpata/Mag/133/173/113722.pdf).

verantwoordingsrechten moeten vallen, en de bevoegdheid de beherend vennoot als zodanig te ontslaan. Wat de gevolgen van overtreding van het beheersverbod betreft zou kunnen worden bepaald dat de beherende commanditair slechts aansprakelijk is voor vennootschapsschulden die door zijn toedoen zijn ontstaan. Daarnaast lijkt er plaats voor een bepaling zoals ook al voorgesteld in art. 7:837 lid 2 BW van het wetsvoorstel Personenvennootschappen, inhoudende dat deze aansprakelijkheid niet intreedt, indien het handelen van de commanditair deze aansprakelijkheid niet of niet ten volle rechtvaardigt. Door deze toevoeging kan de rechter een zeker evenwicht tussen de normschending en de zwaarte van het daaraan verbonden gevolg bewerkstelligen. Overigens zou ik mij kunnen voorstellen dat de commanditair die het beheersverbod overtreedt alleen aansprakelijk wordt jegens vennootschapscrediteuren die erop hebben vertrouwd en er ook op mochten vertrouwen dat hij de beherende vennoot is. Nog verder gaand zou ik ook geen probleem hebben met een volledige afschaffing van het beheersverbod: met enige beperkte flankerende maatregelen zou de ratio ervan, voor zover al moet worden aangenomen dat die heden ten dage nog steeds geldt, voldoende recht kunnen worden gedaan, lijkt me. Het kader van deze bijdrage laat niet toe hierop uitvoerig in te gaan.

## 6. Conclusie

De ZIFO-questionnaire biedt een uiterst waardevolle blik in de personenvennootschapspraktijk en daarmee op de knelpunten en verlangens op dit deel van het vennootschapsrecht. Ervan uitgaande dat de wetgever het beroeps- en bedrijfsleven niet voor eeuwig zal willen opzadelen met een sterk verouderde en onvolledige wettelijke regeling van de personenvennootschap als de huidige meen ik dat hij bij kennisneming van de uitkomsten van de questionnaire veel baat zal hebben. Het is te hopen dat we niet al te lang behoeven te wachten op een nieuwe regeling van ons personenvennootschapsrecht.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Aldus ook: Harold Koster, a.w. (noot 60), p. 1639, en dezelfde: a.w. (noot 36).

# De Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid

*Prof. mr. I.S. Wuisman\**

## 1. Inleiding

Het is inmiddels al meer dan een jaar geleden dat de minister van Justitie en Veiligheid de intrekking aankondigde van de wetsvoorstellen voor het nieuwe personenvennootschapsrecht.<sup>1</sup> Het was een roerig jaar. Een jaar waarin er op internationaal, Europees en nationaal niveau geen dag voorbij is gegaan zonder dat wij voor zeer nijpende vraagstukken zijn gesteld. Vraagstukken die gaan over maatschappelijke en ethische structuren, die gaan over hoe het zo ver is gekomen, over hoe we het in de toekomst kunnen voorkomen en – liever nog – hoe we het beter kunnen doen. Het probleem is vaak dat er eerst iets (flink) mis moet gaan, voordat er sprake is van bewustwording en daadwerkelijk actie wordt ondernomen. Wij hebben daar een mooi gezegde voor: Als het kalf verdrongen is dempt men de put. Het klinkt wat zwaar op de hand en eigenlijk zou men het gezegde best wel eens kunnen moderniseren. We zouden ook kunnen zeggen: Als het feestje uit de hand loopt, haalt men de trukendoos open. Feestjes met ingenieus verpakte financiële producten, die bij het uitpakken kleine tikkende tijdbommetjes bleken te zijn, met stampende Griekse (niet-)belastingbetalers, en consumerende kredietopnemende individuen die door het digitale tijdperk niet direct de pijn in de portemonnee voelen. Misschien hadden ze de trukendoos afgelopen week in het Noorden van het land bij het – in mijn ogen – voorzienbare facebook festijn ook wat eerder tevoorschijn moeten halen. Gevolg: enkele gewonden, 35 arrestaties en (materiële) schade van ongeveer 1 miljoen euro. Ook al zag men van mijlenver aankomen dat het ‘sweet 16-feestje’ waarschijnlijk niet meer zo ‘sweet’ zou zijn. Onnodig leed en weggegooid geld in een tijd dat er enorme bezuinigingen op stapel staan. Waarin de koopkracht achteruit gaat en ondernemend Nederland op de tanden moet bijten om het hoofd boven water te houden. Maar ja, het is een nieuw fenomeen en daar waren wij nog niet goed op voorbereid. We plaatsen het onder het kopje ‘voortschrijdend inzicht’.

---

\* Prof. mr. I.S. Wuisman is hoogleraar ondernemingsrecht, Universiteit Leiden.

<sup>1</sup> Het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek (28 746) en het wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 (31 065).

## 2. Personenvennootschapsrecht

Ook binnen het vennootschapsrecht vierden we af en toe feest, al is het soms alleen maar omdat er eindelijk een klap op een lang en intensief wetgevingsproces wordt gegeven en zodoende een nieuwe wet in werking treedt. Zo hebben we onder andere de flex-BV, de wet Bestuur en Toezicht, de wijziging van het enquêterecht. Voor titel 7.13 is het feestje echter voortijdig afgebroken zoals wij allen inmiddels weten. Na vele voorbereidingen en bijbehorende investeringen om zodoende goed te kunnen anticiperen op de nieuwe wetgeving, moeten we het nu wellicht tot nader orde doen met anticipatie door de rechter.<sup>2</sup> Het is de vraag of het voortijdig afbreken inderdaad leidt tot het voorkomen van een escalatie. Was het intrekken wel het juiste instrumentarium uit de trukendoos? En moest er nu juist bij dit feestje worden ingegrepen? Over het antwoord op die vraag is inmiddels al het een en ander geschreven.<sup>3</sup> Ik wil graag vooruitblikken en een element willen toevoegen aan de voorbereidingen voor de – over het algemeen nog steeds gewenste en lang verwachte – nieuwe personenvennootschapswetgeving, welke voorbereidingen hopelijk spoedig hervat zullen worden. Dit element betreft de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

## 3. Rechtsvormkeuze

Er wordt wel gezegd dat al het goede in drieën komt. Bij de rechtsvormkeuze spelen drie elementen in de meeste gevallen een centrale rol. Dit zijn de organisatiestructuur, de aansprakelijkheid en de fiscale behandeling. Helaas biedt de Nederlandse wetgeving niet de mogelijkheid om zelf de meest optimale combinatie samen te stellen. Ondernemers en beroepsbeoefenaren zijn gebonden aan de rechtsvormen die hun ter beschikking staan en de fiscale behandeling die daarbij hoort. Dit heeft tot gevolg dat in Nederland niet de combinatie bestaat van een vrije interne organisatiestructuur, beperkte aansprakelijkheid en een fiscale behandeling als transparante entiteit, althans niet via een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap. Personenvennootschappen bieden een flexibele organisatiestructuur en worden vanuit fiscaal oogpunt behandeld als transparante entiteiten, maar gaan daarnaast gepaard met persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten.<sup>4</sup> Kapitaalvennootschappen kennen daarentegen een exclusieve aansprakelijkheid, maar die wordt gecombineerd met veel dwingend organisatierecht en een fiscale classificatie als zelfstandig belasting-subject.

2 M.J. Kroeze, 'De ingetrokken wetsvoorstellen over Titel 7.13: een bron van recht', *Ondernemingsrecht* 2012/6, p. 223-224.

3 Zie onder andere: M.P. Nieuwe Weme, M. van Olffen en G. van Solinge (2011), 'Flex BV en Personenvennootschap op de tocht', *WPNR* 142/6899, p. 729-730, M. van Olffen, M.P. Nieuwe Weme en G. van Solinge (2011), 'Ondernemers paaien', *Ondernemingsrecht* 2011/13, p. 457-458, J. Winter (2011), 'De staat van ons vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2011/14, p. 487-488, M.J.A. van Mourik (2011), 'Kort & Bondig – Wetgevingsterreur', *Tijdschrift voor agrarisch recht*, p. 279-281, H.E. Boschma en P.P.D. Matthey-Bal (2012), 'Zijn de wetsvoorstellen rondom titel 7.13 terecht ingetrokken?', *Ondernemingsrecht* 2012/6, p. 225-232.

4 Met uitzondering van de commanditaire vennoot zolang deze het beheersverbod niet overtreedt.



#### 4. Toenemende aansprakelijkheid

Toenemende aansprakelijkheidsrisico's zorgen ervoor dat aansprakelijkheidsregels steeds meer op de voorgrond treden.<sup>5</sup> Dit uit zich bij ondernemers en beroepsbeoefenaren in een zoektocht naar beschermingsmogelijkheden. Zij kiezen bijvoorbeeld voor een rechtsvorm die de beperkte aansprakelijkheid wel biedt. In Nederland wordt derhalve veelal de BV- en de NV-vorm gebruikt en ook de coöperatie is steeds populairder aan het worden.<sup>6</sup> Deze rechtsvormen worden gekozen ondanks het feit dat dit leidt tot een mogelijk nadeligere fiscale behandeling en strengere regels voor de interne structuur die vaak niet passen bij het karakter van de samenwerkingsvorm.<sup>7</sup> Een andere optie is om een buitenlandse rechtsvorm aan te nemen, zoals de *Limited Liability Partnership* ("LLP") die in het Verenigd Koninkrijk beschikbaar is.<sup>8</sup> Voor degenen die de Britse LLP toch iets te exotisch vinden, staat ook nog de route open van het stapelen. De rechtsvorm van de onderneming is een personenvennootschap maar vervolgens worden er rechtspersonen als vennoten tussen geschakeld met soms ook weer holdingvennootschappen als aandeelhouders.<sup>9</sup> Dit om uiteindelijk potentiële aansprakelijkheid te beteugelen. Het leidt allemaal tot suboptimalisatie.

#### 5. De BV, *one-size-fits-all*?

Maar met die suboptimalisatie moesten we het volgens de toenmalige minister van Justitie Hirsch Ballin wel doen.<sup>10</sup> Met de flex-BV is namelijk getracht een *one-size-fits-all*-rechtsvorm te creëren. Naast de vraag of dit gelukt is, kan men zich afvragen of dit überhaupt gewenst is. Ik denk van niet. Dit wordt nog versterkt doordat in het nieuwe BV-recht is vastgehouden aan het karakter van de kapitaalvennootschap met op afstand staande kapitaalverschaffers. Geschikt voor bepaalde (kapitaalintensieve) ondernemingsactiviteiten waarbij de organisatie- en vermogensstructuur is afgestemd op de verdeling van de rollen, zoals de scheiding tussen het bestuur en de aandeelhouders. Het uitgangspunt bij het BV-recht blijft dwingend recht. In de wet is aangegeven in welke situaties die regel niet geldt. Afhankelijk van de karakteristieken van de onderneming en – in brede zin – het doel dat met de onderneming

5 P.A.J. Kamp, 'Beroepsaansprakelijkheid in stroomversnelling', *De Naamloze Vennootschap* 73, 1995, p. 21-25 en onderzoek van rechtsbijstandverlener ARAG en MKB-kennisbank BusinessCompleet.nl onder MKB'ers van 18 februari 2012: [www.businesscomplete.nl](http://www.businesscomplete.nl).

6 Deze ontwikkeling is onder andere goed te zien bij de beroepsbeoefenaren: V. Andriessen, 'De maatschap is een relikwie aan het worden', *Het Financieel Dagblad* van 22 december 2006 en blijkt ook uit het feit dat het overgrote deel van de advocatenkantoren uit de top 50 is omgezet in een NV.

7 Zie onder andere: F.W.G.M. Brunschot, 'Beroepsuitoefening in de N.V.-vorm, fiscale observaties', *De Naamloze Vennootschap* 73, 1995, p. 26-31, W.J. Slagter, 'Beperking van beroepsaansprakelijkheid', *TVVS* 1995/7, p. 173-178.

8 Op 1 juli 2008 heeft het eerste Nederlandse advocatenkantoor (Holland van Gijzen) de Engelse LLP-vorm aangenomen. Andere kantoren die gekozen hebben voor de LLP-rechtsvorm zijn Ernst&Young, Freshfields Bruckhaus Deringer, Allen&Overy, Linklaters, Lovells, Simmons&Simmons en Norton Rose. Het is inmiddels mogelijk om voor een paar honderd euro bij een Nederlandse tussenpersoon *online* een Britse LLP te 'bestellen'.

9 Vgl: H.E. Boschma en J.B. Wezeman (2004), 'De personenvennootschap nieuwe stijl: metamorfose of facade?', *RM Themis* 2004-4, p. 168-185 en Asser/Maeijer 5-V, onder punt 106a.

10 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3.

wordt nagestreefd, leidt dit tot een *match* of juist een *mismatch*. De flexibilisering van de BV-wetgeving zorgt er niet voor dat de regels zover buigen dat eenzelfde inrichtingsvrijheid wordt bereikt als bij de personenvennootschap. Daarnaast blijft het fiscale verschil onveranderd. Het is dus niet zo dat de *one-size-fits-all*-vennootschap als het ware zodanig oprekbaar is dat deze zich toereikend uitstrekt over verschillende typen ondernemingen. In plaats daarvan dienen de ondernemingen zich in de jas van de ‘one-sizer’ te hullen of deze nu wel past of niet. Door geen rekening te houden met verschillende typen ondernemingen en de behoeften die zij als gevolg van de eigen kenmerken hebben, kan uiteindelijk de doelstelling van het ondernemingsrechtelijke kader en de modernisering daarvan niet in de gewenste mate worden gerealiseerd. Het ondernemingsklimaat en de concurrentiepositie van Nederland bereiken mijns inziens daardoor niet het mogelijk potentieel. Sterker nog, het kan ertoe leiden dat Nederland achterop raakt. Voortschrijdend inzicht levert dan helaas een achterstand op die moeilijk valt in te halen, zeker als wij het wetgevingstempo onveranderd voortzetten.

## 6. Wenselijkheid van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Vennootschapsrecht dat recht doet aan de realiteit van een veranderende aansprakelijkheidscultuur, van verschillende typen ondernemingen waartoe ook besloten samenwerkingsverbanden behoren, is wenselijk. Dat betekent dat deze samenwerkingsverbanden niet opgezadeld moeten worden met een juridisch kader dat niet aansluit bij de karakteristieken van die samenwerking. Ook deze verbanden willen graag bescherming tegen aansprakelijkheidsrisico's die zij in veel gevallen niet kunnen voorkomen. Een nieuwe rechtsvorm lijkend op de LLP is wenselijk.<sup>11</sup> Ook uit de antwoorden op de ZIFO-questionnaire komt duidelijk naar voren dat er behoefte is aan de beperking van aansprakelijkheid bij de personenvennootschap. Tijdens het congres bleek de overgrote meerderheid voorstander te zijn van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, slechts 7% van de aanwezigen gaf te kennen dat er geen behoefte aan een dergelijke rechtsvorm was.

<sup>11</sup> Vgl: VNO-NCW (2005), ‘Commentaar op het consultatiedocument ‘vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht eerste tranche’, deel II onder punt I.2. Zie onder andere: M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Reorganisaties van personenvennootschappen in het ontwerp Titel 7.13 NBW’, *WPNR* 03/6524, p. 246-253, J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen, ‘De behoefte aan een Nederlandse ‘personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2005/11, p. 382-391, J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2007), ‘Is de ‘nieuwe’ BV voldoende aantrekkelijk in internationaal verband?’, *TOP* 2007/6, p. 263-271, J.J.M. Jansen, ‘Ondernemers in 2008’, *MBB* nr. 2, p. 47-57, D.F.M.M. Zaman, ‘Karakterverschillen tussen de flexibele BV en de personenvennootschap’, in: J.M.M. Maeijer, *‘Flexibele rechtsvormen’*, Serie vanwege het van der Heijden instituut, Kluwer, Deventer 2008, p. 31, D.F.M.M. Zaman, ‘Een nieuwe rechtsvormgeving’, Sdu, Den Haag 2007, p. 39-40. Mohr in Verslag van de Vergadering van de Vereniging Handelsrecht van 6 november 1998 in: J.M.M. Maeijer, ‘Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen’, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998, p. 17, A.J.S.M. Tervoort, ‘Bestuur en gebondenheid tegenover derden’, in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), ‘De vennootschap volgens titel 7.13 BW. Een civiele en fiscale verkenning van komend personenvennootschapsrecht’, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, p. 92-93, A.S.J.M. Tervoort, ‘Kabinetsreactie op onderzoek naar rechtsvorm en gebruik van LLP’s en LLC’s’, *Ondernemingsrecht* 2008/4, p. 167-169, Th.J.M.L. Verhoeff, ‘Nieuwe rechtsvorm is nodig’, *Financieel Dagblad* van 6 december 2007, H.E. Boschma en P.P.D. Matthey-Bal, ‘Zijn de wetsvoorstellen rondom titel 7.13 terecht ingetrokken?’, *Ondernemingsrecht* 2012/6, p. 225-232.

In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk is de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid ter beschikking gesteld om zodoende tegemoet te komen aan de wensen van de ondernemers en beroepsbeoefenaren.<sup>12</sup> Daarnaast is er in de Verenigde Staten een fiscaal optiestelsel dat er toe leidt dat vennootschappen zelf hun fiscale classificatie kunnen kiezen. Door de beschikbaarheid van (verschillende statelijke) LLP's is de hiervoor besproken gewenste combinatie ten aanzien van de organisatiestructuur, aansprakelijkheid en fiscale classificatie voorhanden. Inmiddels zijn er ook andere landen die de LLP of een daarmee vergelijkbare rechtsvorm hebben ingevoerd.<sup>13</sup> Volgens de toenmalige minister van Justitie zou er in Nederland echter geen plaats zijn voor een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Redenen waren onder andere de vertrouwdsheid met bestaande rechtsvormen en de te grote inspanningen die de wijziging zou vergen van ondernemers en de juridische adviespraktijk. Ook zouden de jurisprudentie en de doctrine met betrekking tot de huidige BV deels hun waarde verliezen.<sup>14</sup> Andere tegenargumenten zijn het ontstaan van onduidelijkheid bij externe partijen over welke regels geldend zijn als gevolg van de veelheid van rechtsvormen en het risico van misbruik. Doordat het personenvennootschapsrecht minder waarborgen zou bieden dan het BV-recht, zouden de belangen van de bij de personenvennootschap betrokken partijen onvoldoende worden beschermd. Onbeperkte aansprakelijkheid zou vennoten aanmoedigen af te zien van onrechtmatige activiteiten en aanzetten tot het voorkomen van fouten. Door de beperking van de aansprakelijkheid zou er eerder schadeveroorzakend gedrag worden vertoond, waarbij de schade vervolgens via die beperking zou worden afgewenteld op de schuldeisers. Het is echter de vraag of dat daadwerkelijk ook zo is en daarnaast of de *downside* van het niet beperken van de aansprakelijkheid opweegt tegen de *upside* van het wel beperken daarvan.

Bij het vormgeven van een aansprakelijkheidsregel is van belang vanuit welk perspectief men (het gevolg van) de regel en de wenselijkheid daarvan bekijkt. Is het criterium bijvoorbeeld efficiëntie dat leidt tot welvaartsmaximalisatie of is efficiëntie een middel om een gelijke verdeling van vrijheid en daarmee gerechtvaardigde bescherming van belangen te realiseren.<sup>15</sup> Bij deze vraagstukken spelen onder andere risicoallocatie, gedragsprikkel en de positie van schuldeisers een rol. Bij de argumenten tegen een beperking van aansprakelijkheid wordt veelal de nadruk gelegd op het ongerechtvaardigde nadeel dat schuldeisers ondervinden tengevolge van de schade door het risicovoller handelen van de beperkt aansprakelijke.<sup>16</sup> Belangrijk is dat er verschillende schuldeisers bestaan die verschillende risico's dragen en op

12 In de Verenigde Staten zijn de LLP-regelingen per staat verschillend, maar de meeste jurisdicties hebben de LLP-wetgeving op dezelfde beginselen en ideeën gebaseerd. Daarnaast bestaat er modelwetgeving in de vorm van de Revised Uniform Partnership Act 1997. In het Verenigd Koninkrijk is de LLP-wetgeving te vinden in de Limited Liability Partnership Act 2000 en de Limited Liability Partnerships Regulations 2008, 2009 en 2012.

13 Dit zijn bijvoorbeeld Canada, India, Singapore, Duitsland, China en Japan.

14 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 4-5.

15 Zie bijvoorbeeld het utilisme en de rechtseconomie en het kantianisme en liberalisme.

16 A.G. Anderson, 'Conflicts of interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure', 25 *UCLA Law Review* 1978, p. 738-795.

verschillende wijze in relatie tot de vennootschap staan.<sup>17</sup> Een aansprakelijkheidsregel kan daardoor een ander effect hebben op de ene schuldeisers dan op de andere.<sup>18</sup> Beperking van aansprakelijkheid kan bepleit worden vanuit het perspectief van contractuele vrijheid in combinatie met de correctie door de rechter.<sup>19</sup> Beperkte aansprakelijkheid is een onderhandelingsinstrument dat schuldeisers die vrijwillig een relatie aangaan met de vennootschap, dwingt te onderhandelen voor additionele zekerheid. Deze verschuiving van onderhandelingsmacht is van belang omdat bij onbeperkte aansprakelijkheid de schuldeisers in de meeste gevallen niet meegaan in een beperking daarvan, gelet op de ongelijke onderhandelingspositie tussen de veelal kleine personenvennootschap en de (institutionele) schuldeiser. Daarnaast kunnen onvrijwillige schuldeisers (schuldeisers die er niet zelf voor hebben gekozen om in relatie tot de vennootschap te staan, bijvoorbeeld als gevolg van een onrechtmatige daad die aan de vennootschap wordt toegerekend) beschermd worden door de dreiging van rechterlijke uitspraken *ex post*. Dit leidt er *ex ante* toe dat er een prikkel is om zorgvuldig te handelen. De rechter zal de ongeschreven normen casusspecifiek toepassen. De bescherming van de belangen zou daardoor zelfs beter kunnen aansluiten bij hetgeen de situatie daadwerkelijk vereist. De keuze om de verantwoordelijkheid voor het eigen handelen bij de ondernemer/bestuurder te leggen, zien we nu ook in grotere mate terugkomen in de wetgeving voor de BV.<sup>20</sup> Daarnaast is ondernemingsethiek steeds belangrijker aan het worden waardoor het risico op onrechtmatig handelen kan afnemen.<sup>21</sup> Voor de beroepsbeoefenaren is het gewenste ethisch gedrag veelal in beroepsregels vastgelegd. De beperking van de aansprakelijkheid hoeft ook niet absoluut te zijn. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor het eigen handelen kan ook gehandhaafd blijven bij een beperking van de aansprakelijkheid van vennoten van een personenvennootschap. De beperking is dan gericht op de aansprakelijkheid die ontstaat door het handelen van een medevennoot. Onbeperkte aansprakelijkheid voor elkaars handelen heeft een averechts effect op het ontstaan van samenwerkingsvormen tussen specialisten, omdat de samenwerkende personen vanwege de specialisatie elkaars werk niet goed kunnen controleren. Diversificatie wordt derhalve belemmerd. Ook zet onbeperkte aansprakelijkheid een rem op het aantal vennoten in een samenwerkingsverband. Daarnaast kan het leiden tot conservatieve dienstverlening of zelfs onthouding van specifiek (risicovol) werk, waardoor de maatschappelijke kosten worden verhoogd. Onbeperkte aansprakelijkheid is verder ook geen garantie voor de aanwezigheid van voldoende vermogen om schulden te kunnen voldoen.

De te grote inspanning die een nieuwe rechtsvorm van ondernemers en de juridische adviespraktijk zou vergen, valt in perspectief te plaatsen. Niet in de laatste plaats

17 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, 'Ambitieuze aansprakelijkheidsrecht', in: R.J. van den Bergh et al. (2001), 'Aansprakelijkheid; gronden en grenzen', p. 49.

18 F. Denozza, 'Different Policies for Corporate Creditor Protection', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al., 'The Law and Economics of Creditor Protection', TCM Asser Press, The Hague, 2008, p. 375-376.

19 Dit wordt ook wel het *creditor self help*-mechanisme genoemd.

20 Zie onder andere de per 1 oktober j.l. gewijzigde kapitaalbeschermingsregels voor de BV.

21 Ik wijs in het kader van deze ontwikkeling op het wetsvoorstel waarin de introductie van een bankierseed is opgenomen: *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33 236, nr. 2.

omdat vernieuwingen en vooruitgang over het algemeen gepaard gaan met inspanningen en investeringen. Indien men uitgaat van een lange termijn visie ontkomt men er niet aan om eerst te zaaien en te investeren, om vervolgens te kunnen oogsten. Een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid kan ook goed worden geïntegreerd in het (nieuwe) Nederlandse personenvennootschapsrecht, een op zichzelf staande regeling is niet vereist. Het argument tegen een nieuwe rechtsvorm vanwege de vertrouwdsheid met bestaande regelingen wordt dan minder sterk. Maar ook als een autonome regeling wel de ideale optie zou zijn geweest, zou dat in mijn ogen niet automatisch tot afwijzing leiden. Ik verwijs naar de grote populariteit van de *Limited Liability Company* in de Verenigde Staten, die in alle staten is opgenomen in een nieuwe regeling los van de bestaande rechtsvormen.<sup>22</sup> Hoewel de voorgestelde titel 7.13 in de koelkast is gezet, zullen nieuwe voorstellen voor de personenvennootschapswetgeving naar waarschijnlijkheid gebaseerd worden op deze titel en geen afbreuk doen aan de mogelijkheid tot inbedding van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid in het personenvennootschapsrecht. Ik bespreek daarom nu in vogelvlucht deze nieuwe rechtsvorm tegen de achtergrond van titel 7.13. Ik ga daarbij eerst in op het ontstaan van de rechtsvorm, daarna op de vennootschapstructuur, de beperkte aansprakelijkheid en ten slotte op de waarborgen voor derden. Voor een gedetailleerdere uitwerking van de Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid verwijs ik naar mijn proefschrift.<sup>23</sup>

## 7. De Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Indien wordt vastgehouden aan de terminologie van de openbare vennootschap zou deze nieuwe rechtsvorm de naam Openbare Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (“OVBA”) kunnen krijgen. Een OVBA kan ontstaan door het aangaan van een nieuwe vennootschap, door omzetting van een openbare vennootschap (“OV”) of openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (“OVR”) in een OVBA of door omzetting van een BV of NV in een OVBA. De verschillende ontstaanswijzen gaan gepaard met verschillende formaliteiten. Ik ga hier gelet op de reikwijdte van dit artikel alleen in op het ontstaan van een OVBA *ex nihilo*. Ik ben geen voorstander van een notariële akte, zoals die in de ingetrokken wetsvoorstellen is opgenomen als formele eis voor het ontstaan van een OVR. Ik zie eerder de inschrijving in het handelsregister als ijkpunt. Voor de OVBA zal de inschrijving leiden tot het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid (welke mijn inziens voor de OVBA alleen maar voordelen biedt) en daarnaast tot de beperking van aansprakelijkheid van de vennoten. Naast inschrijving zal in de vennootschapsovereenkomst moeten zijn bepaald dat de OVBA rechtspersoonlijkheid heeft en er sprake is van beperkte aansprakelijkheid,

22 T. Wheeler en N. Schumofsky, ‘Partnership Returns, 2007’, *SOI Bulletin*: Fall 2009, p. 70-159 en de jaarlijkse rapporten van de *International Association of Commercial Administrators*.

23 I.S. Wuisman, ‘Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?’, Kluwer, Deventer 2011.

onder opgave van de afspraken hierover. Deze laatste vormen trouwens ook onderdeel van de inschrijving zodat dit voor derden kenbaar is. Omdat de vennootschap verplicht is om de aanduiding OVBA in de naam op te nemen is het ook voor degenen die niet het handelsregister erop naslaat, duidelijk met wat voor een rechtsvorm zij te maken hebben. Tegen de achtergrond van het optiestelsel voor rechtspersoonlijkheid leidt deze gang van zaken op het eerste gezicht niet tot problemen. Als er geen inschrijving plaatsvindt zal er sprake zijn van een OV, die ook verder geregeld is in titel 7.13. Wel kan het zo zijn dat de wil om een OV aan te gaan, ontbreekt op het moment dat vennoten een OVBA willen oprichten. De vraag rijst of er dan sprake is van een overeenkomst en daarmee de vraag of aan de materiële kenmerken van een personenvennootschap is voldaan of dat er sprake is van een nietige vennootschap. Dezelfde kwestie speelt bij de OVR, waarbij niet is voldaan aan de vereisten om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen waardoor er tevens een OV ontstaat. Dit probleem volgt dus niet zozeer uit de introductie van de OVBA.

#### *7.1. Beperkte aansprakelijkheid: alleen voor beroep of ook voor bedrijf?*

In de literatuur wordt voor de openstelling van beperkte aansprakelijkheid nog wel eens onderscheid gemaakt tussen beroep en bedrijf. Vennoten die een beroep uitoefenen en de persoonlijke aansprakelijkheid willen beperken, kunnen opteren voor een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Ondernemers die bedrijfsactiviteiten ontplooiën hebben die mogelijkheid dan niet. De rechtsvorm die ik voorsta, staat open voor zowel het beroep als het bedrijf. Ik zie niet in waarom de beperking van aansprakelijkheid alleen open zou moeten staan voor beroepsuitoefenaars. Het onderscheid tussen beroep en bedrijf is aan het vervagen en deze vervaging is aanleiding geweest om het onderscheid in titel 7.13 niet meer te handhaven.<sup>24</sup> Door dit wel als criterium op te nemen voor de aansprakelijkheidsbeperking, wordt het via de achterdeur toch weer binnenshuis gehaald. Een OVBA voor alleen beroepsbeoefenaren leidt op het eerste gezicht tot twee problemen. Allereerst zal moeten worden bepaald welke activiteiten onder de categorie beroepen vallen en welke onder de categorie bedrijf. Dat is niet gemakkelijk. Het oogmerk van het behalen van vermogensrechtelijk voordeel (commercialiteit) is bijvoorbeeld alleen al vanwege de definitie van vennootschap niet een mogelijk onderscheidend criterium en sluit ook niet meer aan bij de huidige praktijk. Afbakeningen die in de literatuur terugkomen zijn onder andere dat het bij een beroep zou moeten gaan om “creatieve wetenschappelijke of kunstzinnige arbeid”<sup>25</sup> en om “persoonsgebonden werkzaamheden van intellectuele of kunstzinnige aard”.<sup>26</sup> Ik heb daar wat moeite mee. Stel dat een timmerman, een loodgieter en een elektricien willen samenwerken, en een personenvennootschap aangaan. Alle drie hebben hun eigen specialisme en zijn juist vanwege deze complementariteit gaan samenwerken. Zij hebben een persoonsgebonden kwaliteit, maar deze kan niet worden

<sup>24</sup> Asser/Maeijer & Van Olfen 7-VII\* 2010, nr. 20.

<sup>25</sup> Groene Serie Personenassociaties II, par. 7 onder 5.

<sup>26</sup> HR 22 november 1989, NJ 1990, 674.

geschaard onder wetenschappelijke of kunstzinnige arbeid. Hoewel over dat laatste valt wellicht te twisten. Zal dan de persoonsgebonden kwaliteit het criterium moeten zijn? Neem nu drie vrienden die willen samenwerken om een product op de markt te brengen en diensten te verlenen. Vriend nummer een heeft jarenlange ervaring in accountmanagement en is een kei in verkopen. Hij wordt verantwoordelijk voor de *sales*-activiteiten. Vriend nummer twee is creatief en communicatief sterk. Marketing wordt zijn gebied. Vriend nummer drie is een ‘techie’ en bestiert de *R&D*-activiteiten. Zijn dat dan geen persoonsgebonden kwaliteiten? Het onderscheid tussen beroep en bedrijf zorgt voor onzekerheid. Onzekerheid over voor wie de vennootschapsvorm openstaat. Ik zou dat willen voorkomen. Het tweede probleem is gelegen in de rechtvaardiging. Waarom zou een beroepsbeoefenaar de aansprakelijkheid wel mogen beperken maar de ondernemer die een bedrijf heeft niet? Dit probleem is verweven met de huidige afwezigheid van een onderscheidend criterium.

### 7.2. *Vennootschapsstructuur*

Over de vennootschapsstructuur van de OVBA kan ik kort zijn. Voor de OVBA zal regeland organisatierecht moeten gelden, de beperkte aansprakelijkheid doorkruist dit niet. Dat betekent dat de vennoten vrij zijn in de inrichting en zij kunnen terugvallen op het regeland recht indien afspraken achterwege zijn gelaten.

### 7.3. *Aansprakelijkheid*

De aansprakelijkheid van vennoten zal worden beperkt in die zin dat vennoten niet aansprakelijk zijn voor het schadeveroorzakende handelen van andere medevennoten. Wel aansprakelijk zullen zij zijn op het moment dat zij hadden moeten ingrijpen om het schadeveroorzakende handelen te voorkomen of wanneer personen die onder hun supervisie of controle staan de schade hebben veroorzaakt. De beperking van aansprakelijkheid geldt voor vorderingen op grond van wanprestatie en op grond van onrechtmatige daad. Ten opzichte van artikel 7:813 lid 2 van de ingetrokken wetsvoorstellen houdt dit dus een “niet-aansprakelijkheid” in, in plaats van een disculpatie en daarnaast een uitbreiding van de bescherming tegen vorderingen op grond van onrechtmatige daad (met andere woorden een *‘full shield*-bescherming’). De benadeelde derde zal zich daarnaast kunnen verhalen op het vennootschapsvermogen. Om deze reden wordt daarom naast de externe aansprakelijkheid ook de interne aansprakelijkheid beperkt, zodanig dat de niet-aansprakelijke vennoten niet gedwongen kunnen worden om bij te dragen aan de verliezen die zijn ontstaan als gevolg van het schadeveroorzakend handelen waarvoor zij niet extern aansprakelijk zijn. Hetzelfde geldt voor later toetredende vennoten.

De beperking van aansprakelijkheid wekt meteen de vraag op naar de crediteurenbescherming. Naast de individueel overeengekomen bescherming via contractuele bedingen, zijn er ook mogelijkheden tot bescherming die de wet biedt en door de bescherming die volgt uit de rechtspraak bij de kapitaalvennootschappen die

analoog zou kunnen worden toegepast. In het buitenland zijn deze regels onder te verdelen in doorbraak van aansprakelijkheid, *fraudulent trading rules* (er is sprake van een intentie om schuldeisers te benadelen), *wrongful trading rules* (er is sprake van onachtzaam gedrag bij het voortzetten van verliesgevende activiteiten ten koste van schuldeisers) en vermogensonttrekkingsregels. Het gaat hier wat ver om dit alles uit een te zetten en de verschillen en mogelijkheden op een rijtje te zetten. Mijn conclusie is dat onder andere in het licht van de rechtszekerheid het goed is om een bepaling op te nemen over ongeoorloofde vermogensonttrekkingen, voor het gemak een uitkeringsbepaling te noemen. Deze bepaling houdt een toets in die dient te worden uitgevoerd door de besturende vennoten, de niet-besturende vennoten of de derde die met het bestuur belast is, afhankelijk van de regelingen voor uitkeringen en de besluiten daaromtrent in de vennootschapsovereenkomst. De objectieve maatstaf is dan of de vennoot of de derde zich een redelijk en onderbouwd oordeel heeft gevormd op grond van de financiële situatie van de vennootschap en de geoorloofdheid van de vermogensonttrekkingen waarbij hij/zij zich rekenschap heeft gegeven van de belangen van de schuldeisers. Deze bepaling zou moeten worden opgenomen in de personenvennootschapsregeling. Een voordeel van de huidige personenvennootschap is de vrijheid van de vennoten bij het doen van uitkeringen. De introductie van een bepaling over vermogensonttrekkingen voor de OVBA wijzigt die uitkeringsvrijheid. Deze vrijheid gaat echter wel samen met een persoonlijke aansprakelijkheid op grond van de hoedanigheid van vennoot. Bij de OVBA biedt de uitkeringsregel een waarborg voor de bij de vennootschap betrokkenen en stimuleert goed ondernemerschap. Naast de uitkeringsregel zal er een verplichting moeten zijn voor het afsluiten van een verzekering. Voor beroepen zou kunnen gelden dat de beroepsorganisaties nadere eisen aan deze verzekering kunnen stellen.

#### 7.4. Fiscale classificatie

De laatste vraag die rijst is of een OVBA ook fiscaal transparant kan worden geclassificeerd. De fiscale wetsgeschiedenis laat zien dat de criteria die worden gehanteerd voor het onderscheid van transparante en niet-transparante entiteiten niet richtinggevend zijn en in de tijd ook niet consistent zijn toegepast.<sup>27</sup> Met in achtneming van de verschillende criteria, de classificatiemethode voor buitenlandse rechtsvormen en de rechtspraak kom ik tot de conclusie dat er geen eenduidig antwoord te geven is op de vraag op welke wijze de OVBA binnen het Nederlandse fiscale stelsel geclassificeerd zou moeten worden. Een transparante classificatie acht ik handhaafbaar. Een Nederlands optiestelsel lijkend op het systeem in de Verenigde Staten zou er echter voor kunnen zorgen dat de fiscaliteit geen doorslaggevende rol meer speelt in de rechtsvormkeuze. Dat zou mijns inziens gewenst zijn.

---

<sup>27</sup> Zie hoofdstuk 7 van mijn proefschrift voor een uitgebreide bespreking alsmede de mogelijk fiscale classificatie van de OVBA: I.S. Wuisman, a.w. (noot 23).



## **8. Afronding**

Ik kom tot een afronding. Het vennootschapsrecht kan binnen het spanningsveld van maatschappelijke doeleinden en individuele vrijheden richting geven zonder te resulteren in een onnodige remming van economische efficiëntie of inbreuk op individuele belangen. Dat kan ook als beperkte aansprakelijkheid wordt geïntroduceerd voor de personenvennootschap. Het is een nieuw fenomeen in het Nederlandse vennootschapsrecht, maar ik hoop dat de introductie van de OVBA zal gaan behoren tot het voortschrijdend inzicht in het kader van het nieuwe wetgevingstraject. Het zou goed zijn als die wetgeving niet lang op zich zal laten wachten, zodat wij binnenkort een bescheiden personenvennootschapfeestje kunnen inluiden.

# Gevolgen van de invoering van de flex-BV voor de Wet VPB 1969

*Mr. F. van Horzen, prof. mr. J.W. Bellingwout\**

## 1. Inleiding

Wanneer een fiscalist geconfronteerd wordt met samenwerkingsverbanden, zal zijn of haar primaire reactie zijn om te analyseren of het samenwerkingsverband al dan niet transparant is voor fiscale doeleinden. Is het samenwerkingsverband transparant, dan heeft dat tot gevolg dat de bezittingen van het samenwerkingsverband en de fiscale gevolgen van de door of namens het samenwerkingsverband aangegane transacties worden toegerekend aan de deelgerechtigden in het samenwerkingsverband.

Dit roept de vraag op naar de relevante criteria die worden aangelegd bij de vraag of een samenwerkingsverband al dan niet transparant is en of de introductie van de flex-BV aanleiding geeft om het bestaande beeld te nuanceren. Ons inziens is dat inderdaad zo.

## 2. Belastingplichtigen voor toepassing van de Wet VPB 1969: rechts- en andere personen

Wanneer wij ons beperken tot de vennootschapsbelasting, kan worden geconstateerd dat naar Nederlands recht opgerichte rechtspersonen, denk aan naamloze en besloten vennootschappen, maar ook aan coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, stichtingen en verenigingen, per definitie niet transparant zijn. Besloten vennootschappen zijn als zodanig onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Zij worden geacht met hun gehele vermogen een onderneming te drijven, ook wanneer hun activiteiten zich beperken tot het beleggen van vermogen.

In aanvulling op de naamloze en besloten vennootschappen worden als belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting aangemerkt andere vennootschappen welke kapitaal geheel en ten dele in aandelen is verdeeld. Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat ook niet-rechtspersonen onder deze bepaling kunnen worden begrepen. Zo is met betrekking tot een burgerlijke maatschap op aandelen geoordeeld dat ter beantwoording van de vraag of een vennootschap dient te worden gerekend tot de andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld,

---

\* Mr. F. van Horzen is werkzaam bij KPMG Meijburg & Co. Prof. mr. J.W. Bellingwout is hoogleraar Belastingrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, verbonden aan het ZIFO en werkzaam bij KPMG Meijburg & Co.

niet alleen als maatstaf geldt of het vennootschappelijk kapitaal van de betrokken vennootschap al dan niet in gelijke of evenredige aandelen is verdeeld, maar dat mede bepalend is of die vennootschap naar haar aard ook economisch en maatschappelijk met naamloze en besloten vennootschappen voldoende overeenstemt. Aan dat laatste vereiste werd volgens de Hoge Raad voor wat betreft de burgerlijke maatschap op aandelen slechts dan voldaan, indien het vennootschappelijk kapitaal is verdeeld in gelijke of evenredige aandelen, voor de vervreemding waarvan niet de toestemming van alle vennoten is vereist.

In de opsomming van de binnenlands belastingplichtige subjecten voor de vennootschapsbelasting komen nog meer entiteiten voor die geen rechtspersoon zijn. Zo worden fondsen voor gemene rekening en open commanditaire vennootschappen als belastingplichtigen genoemd. Ook is in de fiscale wetgeving neergelegd dat een samenwerkingsvorm zonder rechtspersoonlijkheid die met een vereniging maatschappelijk gelijk kan worden gesteld, voor de fiscale wetten als een vereniging kwalificeert.

Met betrekking tot fondsen voor gemene rekening geldt het volgende. Onder een fonds voor gemene rekening wordt verstaan een fonds ter verkrijging van voordelen voor de deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden, mits van de deelgerechtigdheid in het fonds blijkt uit verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. Een fonds voor gemene rekening wordt als onderneming aangemerkt. De bewijzen van deelgerechtigdheid worden als verhandelbaar aangemerkt indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds voor gemene rekening of aan bloed- en aanverwanten in de rechte linie de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt.

Of commanditaire vennootschappen en fondsen voor gemene rekening als belastingplichtige worden aangemerkt, hangt af van de wijze waarop de toe- en uittreding van de deelgerechtigden vorm is gegeven. Een commanditaire vennootschap wordt als open aangemerkt indien, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van de commanditaire vennoten plaats kan hebben zonder toestemming van alle vennoten, behorende zowel als commanditaire.

Anders gezegd, een commanditaire vennootschap is besloten, en als zodanig niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen indien een commanditaire vennoot die zijn participatie over wil dragen voor die overdracht toestemming vraagt aan alle commanditaire vennoten en de beherend vennoot. De regeling rond toe- en uittreding moet in de cv-overeenkomst zijn opgenomen. Voorts is vereist dat deze regels in de praktijk ook worden nageleefd.

De fiscale positie van de open commanditaire vennootschap is bijzonder omdat het open karakter van de commanditaire vennootschap niet geldt met betrekking tot de beherend vennoot. Op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad is een commanditaire vennootschap ten aanzien van de beherend vennoot te allen tijde transparant. De beherend vennoot wordt rechtstreeks in de belastingheffing betrokken op basis van het door de commanditaire vennootschap behaalde resultaat en niet op basis

van het door de commanditaire vennootschap uitgedeelde resultaat. Dit oordeel is gebaseerd op de gedachte dat het zuivere vermogen van de vennootschap ten dele rechtstreeks toebehoort aan de beherende venno(o)t(en).

### **3. De passieve opstelling van de fiscale wetgever**

De omschrijving van de belastingplichtigen in de Wet VPB 1969 is vrij statisch. Wanneer de tekst van art. 2 Wet VPB 1969 wordt gelegd naast de tekst van de Wet van 2 oktober 1893 inzake de belasting op bedrijfs- en andere inkomsten, dan is het aantal verschillen minimaal.

Het uitgangspunt van de wetgever is eigenlijk altijd geweest dat rechtspersoonlijkheid tot onderworpenheid van de entiteit als zodanig zou moeten leiden en dat bij andere entiteiten dan rechtspersonen de belastingplicht als zodanig van de entiteit af hing van een aantal factoren, zoals de aanwezigheid van participaties in de entiteit en de mate van overdraagbaarheid van die participaties.

Gelet op het primaat van de rechtspersoonlijkheid, zou de gedachte op kunnen komen dat de wetgever in het kader van het voorgenomen, maar uiteindelijk ten dode gedragen wetsvoorstel openbare vennootschappen, zou hebben voorgesteld om vennootschappen die voor rechtspersoonlijkheid zouden opteren, als zodanig belastingplichtig zouden worden voor de vennootschapsbelasting. Dat is echter nimmer gebeurd. De insteek van het Ministerie van Financiën was dat de fiscale transparantie met betrekking tot de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, voor personenvennootschappen diende te worden gehandhaafd, ongeacht of zij wel of geen rechtspersoonlijkheid zouden bezitten.

Deze conservatieve benadering blijkt ook uit het feit dat er niet voor is gekozen om in het kader van de flex-BV aanpassingen plaats te laten vinden in de regeling van de belastingplicht.

Ons inziens bestaat er wel degelijk aanleiding voor een aanpassing van de regeling van de belastingplicht in de vennootschapsbelasting. Dat houdt verband met het nieuwe art. 2:192 BW. Op grond van deze bepaling kunnen de statuten met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding onder andere bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of derden of tussen aandeelhouders zijn verbonden, of eisen verbinden aan het aandeelhouderschap.

Op grond van deze bepaling ontstaat de mogelijkheid te bepalen dat alle aandeelhouders, of bepaalde aandeelhouders, geheel of gedeeltelijk hoofdelijk aansprakelijk zijn voor verbintenissen/verplichtingen van de besloten vennootschap. Deze aansprakelijkheid kan bijvoorbeeld voortvloeien uit een door een contractspartij van de vennootschap, bijvoorbeeld een financier, gestelde voorwaarde.

Deze aansprakelijkheid vormt ons inziens een fundamentele wijziging ten opzichte van het regime van de besloten vennootschap zoals dat vóór de introductie van de flex-BV gold. Als gevolg van deze fundamentele wijziging kan een besloten vennootschap dezelfde karakteristieken krijgen als bepaalde in het buitenland voorkomende samenwerkingsverbanden. Het is interessant om op te merken dat voor

toepassing van de Nederlandse belastingwetgeving het Ministerie van Financiën een uitgebreid toetsingskader heeft ontwikkeld om met betrekking tot die samenwerkingsverbanden tot het oordeel te komen of zij al dan niet transparant zijn.

#### **4. Het toetsingskader voor buitenlandse samenwerkingsverbanden**

Het toetsingskader is opgebouwd uit een viertal vragen die als volgt luiden.

(A)

Kan het samenwerkingsverband de juridische eigendom hebben van de vermogensbestanddelen waarmee het de activiteiten uitoefent?

Hiervan is sprake als het samenwerkingsverband op grond van de civiele wetgeving op naam van het samenwerkingsverband vermogensbestanddelen kan verwerven en rechten en verplichtingen aan kan gaan. Dit geldt ook als het samenwerkingsverband de juridische eigendom van vermogensbestanddelen verkrijgt als gevolg van inschrijving in het handelsregister of in een register van een instituut dat hiermee vergelijkbaar is waardoor het samenwerkingsverband rechtspersoonlijkheid heeft verkregen.

(B)

Zijn alle participanten beperkt aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband?

Met beperkte aansprakelijkheid van een participant wordt bedoeld dat de aansprakelijkheid zich niet verder uitstrekt dan tot het ingelegde vermogen dan wel de volstortingsverplichting. Bij een onbeperkte aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid niet gemaximeerd tot een vast bedrag.

(C)

Heeft het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal in civielrechtelijke zin, dan wel kan het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld worden met een in aandelen verdeeld kapitaal?

Indien het vennootschappelijke kapitaal is verdeeld in gelijke of evenredige gedeelten (participaties), die recht geven op een evenredig deel van de winst en liquidatieuitkering en evenredige zeggenschap, zal het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld worden met een in aandelen verdeeld kapitaal.

(D)

Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten?

Op grond van de wettelijke bepalingen wordt in de regel de overdracht van de participaties of de toetreding of vervanging van de participanten geregeld in de statuten of bij overeenkomst. Voor de beantwoording van deze vraag dienen de statuten of de overeenkomst beoordeeld te worden.

Aan de hand van de beantwoording van deze vragen moet worden beoordeeld of sprake is van een niet-transparant of een transparant lichaam (personenvennootschap) is.

Volgens het besluit is in beginsel is sprake van een kapitaalvennootschap als op basis van het buitenlandse civiele recht de eigendom bij het samenwerkingsverband ligt, alle participanten beperkt aansprakelijk zijn in bovenbedoelde zin en het kapitaal in aandelen is verdeeld.

Volgens het besluit is van een niet-transparante entiteit in ieder geval sprake indien:

- drie of vier vragen van het toetsingskader bevestigend beantwoord zijn; of
- in gevallen waarin vaststaat dat de aansprakelijkheid van alle participanten in een samenwerkingsverband beperkt is tot hun inleg dan wel de volstortingsverplichting, de onderneming eigendom is van het samenwerkingsverband en de onderneming ook overigens niet voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven.

Op grond van de regelgeving van de flex-BV is de mogelijkheid ontstaan dat met betrekking tot een BV slechts twee van de vier toetsingvragen bevestigend worden beantwoord, respectievelijk dat gezegd kan worden dat de onderneming van de besloten vennootschap voor rekening en risico van de aandeelhouders wordt gedreven.

Onder de werking van het besluit zou dat er toe leiden dat de BV als transparant zou worden aangemerkt. Onder het pre-flex-BV regime zou dat niet het geval zijn.

## **5. Via flex-BV naar flex belastingplicht**

Ons inziens dient de constatering dat besloten vennootschappen onder het besluit als transparant kunnen worden aangemerkt er toe te leiden dat de fiscale wetgever ingrijpt. Indien in een concrete situatie gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die art. 2:192 BW biedt, roept dat de vraag op, zeker bij een onbeperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouder(s) voor de verplichtingen van de besloten vennootschap, of de onderneming van de besloten vennootschap voor fiscale doeleinden nog wel voor rekening en risico van de vennootschap wordt gedreven. Bij ontkennende beantwoording zou dat er toe leiden dat de besloten vennootschap voor toepassing van de vennootschapsbelasting slechts een lege huls is en dat, indien de besloten vennootschap een onderneming dreef voordat de onbeperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouder(s) werd gecreëerd er een belaste overdracht van die onderneming plaatsvond aan de aandeelhouder. En bij het terugdraaien van de onbeperkte aansprakelijkheid zou er vervolgens weer een belaste overdracht van de onderneming aan de besloten vennootschap plaats vinden. Indien de besloten vennootschap een verlies zou leiden, zou dat verlies door de aandeelhouder(s) in aanmerking kunnen worden genomen.

De mogelijkheden die de flex-BV qua aansprakelijkheid biedt, kan in potentie tot veel geschillen aanleiding gaan geven. Die geschillen zullen zich niet uitsluitend

tot Nederland beperken. Mogelijk heeft het gebruik maken van de regeling van art. 2:192 BW ook gevolgen voor de vraag hoe in het buitenland naar een besloten vennootschap gekeken wordt. Dit kan uiteindelijk tot kwalificatieverschillen en dubbele belasting leiden die niet per definitie onder de werking van een belastingverdrag wordt opgelost.

De fiscale wetgever zou mijns inziens hier aanleiding in moeten zien om tot een aanpassing van de regeling van de vennootschapsbelastingplicht van besloten vennootschappen te komen. Onze gedachten gaan uit naar een systeem waarbij besloten vennootschappen die een beperkt aantal aandeelhouders hebben die geheel aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap, de mogelijkheid krijgen om te opteren voor transparantie voor toepassing van de vennootschapsbelasting. De wetgever zou zich daarbij kunnen laten inspireren door vergelijkbare regelingen die in het recente verleden zijn geïntroduceerd in Aruba en Curaçao.

Er zouden flankerende maatregelen kunnen komen over het tijdstip waarop de keuze uiterlijk dient te worden uitgebracht, de minimale lengte van de transparante periode, etc.

Ook zou de mogelijkheid kunnen worden geschapen om de overstap naar en van transparantie fiscaal geruisloos te laten geschieden, met toepassing van anti-misbruikbepalingen, bekend uit de sfeer van de fiscale eenheid.

Het feit dat de fiscale wetgever niet heeft geanticipeerd op de flex-BV acht ik een gemiste kans. Maar de ervaring leert dat de fiscale wetgever waar nodig snel kan ingrijpen om omissies te herstellen.

# De flex-NV: een boodschappenlijstje

*Prof. mr. Geert Raaijmakers\**

## 1. Inleiding

Een internationaal en nationaal aantrekkelijk ondernemingsrecht blijft van het grootste belang voor het Nederlandse ondernemings- en vestigingsklimaat. De concurrentiedruk neemt toe zowel op nationale schaal als ten opzichte van andere markten. De voortwoekerende financiële crisis heeft ondernemingen en hele bedrijfstakken kwetsbaarder gemaakt. De marges zijn onder voortdurende druk, de noodzaak voor efficiëntie en kostenreductie blijft permanent aanwezig en de concurrentiedruk houdt aan. Binnen de Europese Unie neemt de mobiliteit van natuurlijke, maar ook die van rechtspersonen verder toe door de rechtspraak van Europese Hof van Justitie omtrent de vrijheid van vestiging, zoals recent opnieuw in het Vale-arrest,<sup>1</sup> waarin de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting werden verruimd. Ook die onderstrepen het belang van voortdurende waakzaamheid voor een aantrekkelijk ondernemings- en vestigingsklimaat. De brede maar niet altijd heldere discussies over oorzaken en bestrijding van de financiële crisis en haar gevolgen voor de reële economie lijken – en dat niet alleen in Nederland – echter gepaard te gaan met een toenemend publiek ongenoegen over de rol van de financiële sector. Die tendens lijkt door te werken naar het bedrijfsleven in het algemeen. Felle discussies over beloning van managers betreffen vooral beurs- en grote ondernemingen, maar strekken zich inmiddels uit tot andere sectoren. Gevolg is een steeds verdergaande regulering met weinig of geen aandacht voor de effectiviteit daarvan en de lange termijn effecten. Dat het ook anders kan is intussen aangetoond met het nieuwe BV-recht dat de BV eindelijk sinds haar invoering een meer eigen en flexibeler profiel heeft gegeven. Nu komt ook het NV-recht op de agenda.

Ook voor de NV geldt niet minder de behoefte en noodzaak om die als rechtsvorm concurrerend te houden en aan te passen aan de behoeften van de praktijk aan meer ruimte voor flexibiliteit en maatwerk. Voorop staat ook daar dat direct betrokken belangen op adequate wijze beschermd dienen te blijven. Maar wat de interne organisatie betreft, is ook daar behoefte aan ruimte voor eigen regelingen. In de afgelopen jaren heeft zich echter in de praktijk en ook in de

---

\* Prof. mr. Geert Raaijmakers is advocaat te Amsterdam en hoogleraar ondernemings- en effectenrecht aan de VU, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).

<sup>1</sup> HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10 (Vale).



jurisprudentie een ontwikkeling voorgedaan die steeds zwaardere eisen stelt aan bestuurders en commissarissen tot een steeds verdergaande verantwoording over hun handelen, afweging van allerhande belangen en de zorgvuldigheid van hun besluitvorming. Bij complexe beslissingen wordt verlangd dat zij de mogelijke gevolgen daarvan voor direct en indirect betrokken belanghebbende nauwkeurig tevoren in kaart brengen, alternatieven ontwikkelen en vergelijken en steeds vaker ook laten adviseren door externe adviseurs alvorens een definitieve beslissing te nemen.<sup>2</sup> Wijken zij daarvan af dan kan dit leiden tot moeizame discussies met beleggers, aandeelhouders of andere stakeholders en steeds vaker ook tot gerechtelijke procedures waarbij de rechter achteraf een oordeel velt over hun beleid en mogelijke aansprakelijkheid. Dat dit kan leiden tot risicomijdend gedrag bleef weliswaar niet onopgemerkt, maar rechtspraak en wetgever hebben daarvoor naar het lijkt nog steeds weinig oog.

De contouren van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen zullen in de komende jaren verder moeten uitkristalliseren. Voor de interne organisatie van rechtspersonen is er echter geen goede reden vast te houden aan de huidige starre en inflexibele regels die maatwerk belemmeren en er in de praktijk meer dan eens toe leiden dat ook over de grens wordt gekeken naar andere meer flexibele rechtsvormen. Daarom is het goed dat op 1 oktober 2012 eindelijk het BV-recht is geflexibiliseerd, ook al zou die flexibiliteit op sommige punten wellicht nog wel verder mogen gaan. Hoe dan ook geeft dat alle aanleiding om nu vervolgens te onderzoeken of ook het NV-recht waarvan de BV immers was gekopieerd, kan worden vereenvoudigd. De vraag dringt zich immers op op welke punten wij ook het wettelijke statuut van de NV naar dat voorbeeld of op andere punten zouden kunnen flexibiliseren. Daarvoor wil ik hierna enkele suggesties doen.

## 2. Verschillen tussen de NV en de BV

Vooraleer daaraan toe te komen is het goed kort stil te staan bij de verschillen tussen de NV en de BV. Door die verschillen zal immers mogelijk niet iedere wijziging bij de BV ook zondermeer bij de NV kunnen worden toegepast en zijn de behoeften ten aanzien van de NV op sommige punten anders dan bij de BV. De verschillen zitten voornamelijk in het dwingende karakter van toepasselijke Europese regelgeving en voor een ander deel in de maatschappelijke functie van de beide rechtsvormen.

Om met die Europese regelgeving te beginnen: de NV is veel meer dan de BV gebonden door Europese richtlijnen. Dwingende regels die op de NV toepasselijk zijn, laten simpelweg minder ruimte voor flexibiliteit. Dat wil zeggen dat knelpunten die in de weg staan aan flexibilisering slechts kunnen worden weggenomen door inspanningen van Nederland om op Europees niveau te geraken tot aanpassing

---

2 Zie bijvoorbeeld OK 15 december 2011, LJN BU 8414 (Landis).

van de betrokken richtlijnen. Het gaat hier met name om de Tweede Richtlijn en de kapitaalbeschermingsvoorschriften die daar uit voort vloeien. Daarover wordt intussen reeds op Europees niveau gediscussieerd, want ook elders groeit het besef dat die regels tot bescherming van het kapitaal niet meer van deze tijd zijn, geen effectieve bescherming bieden en onnodig belemmerend zijn voor de praktijk, zoals ook al was geconstateerd bij de flexibilisering van de BV (waarop die regels door Nederlands onverplicht waren toegepast). Die dwingende voorschriften van de Tweede Richtlijn hebben bijvoorbeeld betrekking op inkoop van eigen aandelen, kapitaalvermindering, verplichte inbrengcontrole en het steunverbod. Voor beurs-NV's vloeien verder beperkingen voort uit de Aandeelhoudersrichtlijn en de Transparantierichtlijn, bijvoorbeeld ten aanzien van de oproepingstermijn voor de AvA en de vereisten voor het agenderingsrecht van aandeelhouders. Toch vormen deze beperkingen geen belemmering een wensenlijstje op te stellen voor een flexibeler en meer praktijkgericht NV-recht. Mocht het nodig blijken te zijn daarvoor aanpassing van Europese richtlijnen te bewerkstelligen, dan moeten we dat niet nalaten.

Een tweede belangrijk verschil tussen de BV en de NV ligt zoals gezegd verder in de maatschappelijke functie van de beide rechtsfiguren. Als bekend wordt de BV veel breder gebruikt in het Nederlandse bedrijfsleven dan de NV: er zijn ongeveer 815.000 BV's en maar ongeveer 5.200 NV's.<sup>3</sup> Dat neemt echter niet weg dat ook de NV door zeer uiteenlopende typen organisaties wordt gebruikt. Men denkt dan aanstonds aan de beurs-NV, die met haar gespreide aandelenkapitaal behoefte heeft aan een rechtsvorm met een "open structuur", maar daarvan zijn er maar ongeveer 100. Daarnaast hebben financiële instellingen (en ook hun dochters) in de regel de rechtsvorm van een NV: banken, verzekeraars, beleggingsmaatschappijen en vermogensbeheerders. Maar de NV wordt ook gebruikt door de meest uiteenlopende organisaties: bioscopen, persagentschappen, hotels en callcenters. Intussen kozen veel beroepsvennootschappen (advocaten, notarissen, accountants en andere beroepsbeoefenaren) voor de NV-vorm. Van oudsher hebben ook waterleidingbedrijven die rechtsvorm en hebben culturele instellingen, zoals onder meer het Concertgebouw, die rechtsvorm.

Soms is er een plicht om de NV als rechtsvorm te kiezen of is een andere rechtsvorm in Nederland moeilijk denkbaar voor een onderneming of instelling. In veel gevallen ligt er echter een minder duidelijke reden aan ten grondslag, of zijn die redenen "cosmetisch" omdat het voor de reputatie van de organisatie "chiquer" wordt gevonden dan een BV. Hoe het ook zij, de verschillen tussen de NV en de BV zijn vaak niet principieel. Voor zover het wel om principiële verschillen gaat, hebben die te maken met het feit dat de NV van oudsher flexibeler is dan de BV en daarmee een meer open structuur accommodeert. Dat doet er geen afbreuk aan dat ook bij de NV behoefte kan bestaan aan meer flexibiliteit op de punten waarbij dat ook bij de BV is geconstateerd.

---

3 Bron: Company.info.

### 3. Regulering van de NV

Bij het nadenken over flexibilisering van de NV doet zich ook de vraag voor of de structuur van de regulering van de NV momenteel optimaal is. Er heeft zich immers door de jaren heen, mede als gevolg van de implementatie van diverse Europese richtlijnen, een zekere versplintering voorgedaan van regels van ondernemingsrechtelijke aard die de NV reguleren. Afhankelijk van of men bijvoorbeeld te maken met een beurs-NV, een bank, een verzekeringsmaatschappij of een beleggingsmaatschappij, moeten die regels op verschillende plaatsen worden gevonden, hetzij in Boek 2 BW, hetzij in andere wetten of regelingen zoals de Wet of het financieel toezicht. Dit komt de overzichtelijkheid van die regelingen bepaald niet ten goede. Het is daarom bepaald nuttig en gewenst om een eventuele flexibilisering van de NV aan te grijpen om tot een meer overzichtelijke regulering van de NV te komen. Ik zou daarbij denken aan een basisregeling die voor alle NV's geldt, en vervolgens, waar daar behoefte aan is, een "sectorale uitwerking" in verschillende onderdelen toegespitst op de verschillende type NV's.

### 4. Wensenlijstje voor verandering

De vraag is vervolgens: op welke punten zou meer flexibiliteit in het NV-recht tot een meer efficiënt en concurrerende rechtsvorm kunnen leiden? Hoe zou kortom een eerste wensenlijstje voor modernisering van de NV er uit kunnen zien? In deze paragraaf noem ik enkele mogelijke punten voor flexibilisering:

- Afschaffing van kapitaalbescherming. Dit betreft onder meer afschaffing van het minimumkapitaal, opheffing van de inkoopbeperkingen en opheffing van het steunverbod. Niet valt in te zien waarom bij de NV niet dezelfde flexibilisering doorgevoerd zou kunnen worden als bij de BV. Uiteraard zal dit wel, zoals hiervoor aangegeven, een wijziging van Europese wetgeving vereisen, aangezien deze de basis vormt voor kapitaalbescherming voor de NV.
- Ik pleit er verder voor om niet het voorbeeld te volgen van de BV voor een uitkeringstest ter vervanging van die kapitaalbescherming: een regel dat uitkeringen door de NV aan haar aandeelhouders kort gezegd slechts mogen worden gedaan na voorafgaande goedkeuring van de raad van bestuur. Deze regel zorgt naar mijn mening juist weer voor ongewenste inflexibiliteit. In theorie lijkt een verplichte uitkeringstest door het bestuur een logische gedachte. In de praktijk bestaat er echter het risico van 'indekgedrag' en toenemende risico-aversie bij bestuursbesluiten, die gemakkelijk leiden tot extra kosten voor het inschakelen van experts die opinies geven op basis waarvan het bestuur een dergelijk besluit kan nemen. Dat leidt niet alleen tot een minder efficiënte besluitvorming maar ook tot twijfel of een dergelijke uitkeringstest wel de zekerheid biedt voor de beoogde bescherming van het vermogen van de vennootschap. Beter is het in mijn ogen om het ontwikkelen van regels over prudente besluitvorming over uitkeringen of andere belasting van het vermogen over te laten aan de rechtspraak

die daarvoor voldoende aanknopingspunten kan vinden in de algemene normen voor prudente besluitvorming die wij reeds hebben (denk met name aan art. 2:8 en art. 2:9 BW).

- Net als bij de BV zal ook voor de NV invoering van de mogelijkheid van stemrechtloze en winstloze aandelen tot nuttige flexibiliteit leiden. Onder meer kan hiermee een efficiënter en effectiever alternatief worden gevonden voor certificering van aandelen en voor beschermingspreferente aandelen.
- Net als bij de BV is ook bij de NV behoefte aan flexibiliteit om statutair de mogelijkheid te bieden aan groepen van aandeelhouders om hun eigen bestuurders respectievelijk commissarissen te laten benoemen. Weliswaar bestaat deze behoefte vooral bij joint venture-structuren of andere besloten verhoudingen waarbij vaak de BV als “vehikel” wordt gebruikt, maar ook bij de NV komen dergelijke structuren voor in de praktijk.
- De mogelijkheid voor een statutaire instructiebevoegdheid ligt meer voor de hand bij de BV, aangezien die de meest gebruikte rechtvorm voor een dochtermaatschappij is binnen een groepsstructuur. Echter ook NV's komen in de praktijk voor als dochtermaatschappij, denk bijvoorbeeld aan financiële groepen met banken of verzekeraars als dochter. Ook daar zal inziens de mogelijkheid geopend moeten worden om statutair een specifieke instructiebevoegdheid op te nemen voor de aandeelhoudersvergadering.
- Ook andere punten waarop de BV is geflexibiliseerd, zouden voor de NV een verbetering opleveren, zoals ruimere mogelijkheden voor besluiten buiten vergadering, en de mogelijkheid van het houden van vergaderingen buiten Nederland.

Bij gelegenheid van een operatie tot flexibilisering van de NV, is er een aantal onderwerpen waarop het NV recht ook meteen kan worden gemoderniseerd of verbeterd. Te denken valt aan:

- De mogelijkheid om arbeid in te brengen op aandelen, welke onder meer relevant kan zijn voor beroepsvennootschappen.
- Efficiëntere mogelijkheden voor “squeeze out” van minderheidsaandeelhouders. Momenteel hebben wij hiervoor geen praktijkgerichte, efficiënte mogelijkheden. In sommige andere landen zijn die mogelijkheden beter, bijvoorbeeld in Engeland.
- De norm over gelijke behandeling van aandeelhouders is momenteel te onduidelijk, en levert in de praktijk soms lastige discussies op. Bij de invoering van de Aandeelhoudersrichtlijn is een zo lange oproepingstermijn gekozen voor een beursvennootschappen dat deze in de praktijk tot veel praktische bezwaren leidt. Het zou beter zijn deze oproepingstermijn terug te brengen tot het minimum van de richtlijn.
- Na het Vale-arrest van het Europese Hof van Justitie is er behoefte aan een brede wettelijke regeling voor grensoverschrijdende herstructurering (die niet alleen de reeds geregelde grensoverschrijdende juridische fusie regelt maar bijvoorbeeld ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing, grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing).

- Er is behoefte aan een hernieuwde herbezinning op de structuurregeling. Bij de wijziging daarvan in 2004 bestond er draagvlak om de structuurregeling in zijn geheel af te schaffen, aangezien in het steeds internationalere rechtsverkeer in toenemende mate onbegrepen is. De beslissing daarover werd door de toenmalige minister van Justitie uitgesteld en volstaan werd met een liberalisering van de structuurregeling. Ik ben er voorstander van de structuurregeling alsnog af te schaffen. In ieder geval zou de holdingvrijstelling ook gebruikt moeten kunnen worden voor ondernemingen waarvan niet de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam is. Zeker voor beursvennootschappen is er een moeilijk te rechtvaardigen onderscheid ontstaan tussen ondernemingen die het verplichte structuurregime op holdingniveau moeten toepassen en ondernemingen voor wie dat niet het geval is, terwijl de heersende opvatting is dat het structuurregime op holdingniveau voor een beursvennootschap met gespreid aandelenkapitaal een te grote beperking is van de bevoegdheden van de AvA.

## 5. Slot

Men kan zich afvragen of de NV met alle aanpassingen die hierboven zijn genoemd niet te veel een kopie zou worden van de BV. Dat lijkt geen bezwaar. Sterker nog: ik zie principieel geen reden voor het aanhouden van twee vormen van kapitaalvennootschappen, hooguit om een aparte rechtsvorm te houden waarmee een grotere mate van flexibiliteit kan worden gehanteerd dan door Europese wetgeving wordt opgelegd. Zolang we echter niet één kapitaalvennootschap hebben, denk ik dat we met de NV niet dezelfde fout moeten maken als we destijds hebben gemaakt met de BV. Toen hebben we de BV te gemakkelijk en zonder nadere bezinning gekopieerd van en onderworpen aan de zwaardere regels van de NV. Nu de BV zich daarvan terecht weer heeft losgemaakt en flexibeler is gemaakt, is er alle reden ons evenzeer te bezinnen op de vraag of het NV-recht niet evenzeer toe is aan een grondige revisie en flexibilisering.

## Bijlage 1

### Questionnaire personenvennootschappen

In antwoord op Kamervragen naar aanleiding van de intrekking van het wetsvoorstel voor Titel 7.13 BW (personenvennootschap), heeft de minister geantwoord dat hij, voordat een nieuw wetgevingstraject wordt opgestart, eerst wil weten welke kwesties in de praktijk wetswijziging wenselijk maken.

Het doel van deze questionnaire is om ervaringen met de huidige wettelijke regeling van de personenvennootschap (maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap) in beeld te brengen en te inventariseren tegen welke problemen – zo die er zijn - men in de praktijk aanloopt.

Informatie uit de praktijk staat centraal bij een mogelijk nieuw wetgevingstraject voor de personenvennootschap. Uw input is daarom van groot belang. De uitkomsten van dit onderzoek worden besproken op een ZIFO congres dat op 14 juni 2012 zal plaatsvinden op de Vrije Universiteit te Amsterdam. De resultaten zullen op de website van het ZIFO worden gepubliceerd en worden gedeeld met het ministerie van Veiligheid en Justitie.

Deze questionnaire bestaat uit 20 meerkeuze vragen. Het invullen hiervan neemt 10 tot 15 minuten van uw tijd. Heeft u bij een aantal vragen geen mening, gaat u dan vooral door met het invullen van de andere vragen. Wij hechten veel waarde aan uw antwoorden, ook als deze maar op een deel van de vragen betrekking hebben.

#### **Algemeen: voordelen personenvennootschap boven BV/NV**

1. Kunt u aangeven om welke redenen in uw praktijk – afgezien van de fiscaliteit - een personenvennootschap wordt verkozen boven een BV of NV? Hieronder volgt bij wijze van voorbeeld een aantal redenen, maar het staat u vrij om er andere aan toe te voegen (meerdere antwoorden mogelijk):
  - In mijn praktijk niet relevant
  - Grotere vrijheid van inrichting (nauwelijks wettelijke beperkingen ten aanzien van de inhoud van afspraken en de modaliteiten daarvan)
  - Geen of althans minder formaliteiten (gemakkelijk op te richten of afspraken aan te passen)
  - Afwezigheid taalvoorschrift
  - Afwezigheid formele liquidatie procedure (gemakkelijk ‘op te ruimen’)

- Goedkoper (minder kosten bij oprichting, aanpassing, opheffing etc.)
- Minder belemmeringen bij het doen van uitkeringen/terugbetalen van inleg
- Anders, namelijk:

---

---

---

### **Algemeen: voordelen BV/NV boven kapitaalvennootschap**

2. Kunt u aangeven om welke redenen in uw praktijk – afgezien van de fiscaliteit - een NV/BV wordt verkozen boven een personenvennootschap? Hieronder volgt bij wijze van voorbeeld een aantal redenen, maar het staat u vrij om er andere aan toe te voegen (meerdere antwoorden mogelijk):
- In mijn praktijk niet relevant
  - Afscherming van persoonlijke aansprakelijkheid
  - Rechtspersoonlijkheid (afscherming zakelijk vermogen van privé vermogen van de vennoten)
  - Notariële tussenkomst bij oprichting en (statuten)wijziging
  - Strak juridisch kader (Boek 2 BW) voor toekenning van zeggenschap, verdeling van bevoegdheden en totstandkoming van besluiten
  - Beter bekend met NV/BV dan met personenvennootschap
  - Anders, namelijk:

---

---

---

### **Flex-bv - personenvennootschap**

3. Verwacht u dat er naast de flex-bv belangstelling zal blijven bestaan voor de personenvennootschap?
- Ja (gaarne hieronder toelichten)
  - Neen (gaarne hieronder toelichten)
  - Geen mening
- Toelichting (optioneel):

---

---

4. Hoe luidt uw antwoord op de vorige vraag indien ten aanzien van de BV voor fiscale transparantie zou kunnen worden geopteerd?
- Geen verandering
  - Minder belangstelling voor de personenvennootschap
  - Geen belangstelling meer voor de personenvennootschap
  - Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

#### **Algemeen: dwingend recht of aanvullend recht**

5. Het huidige recht ten aanzien van de personenvennootschap kent weinig dwingend recht. Acht u dit bezwaarlijk of juist een winstpunt van de huidige regeling?
- ☐ Dat is een winstpunt
  - ☐ Dat is bezwaarlijk
  - ☐ Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

#### **Onderscheid maatschap – vennootschap onder firma:**

De maatschap onderscheidt zich van de vof doordat de maten – behoudens volmacht – niet persoonlijk worden gebonden door rechtshandelingen die op naam van de maatschap zijn verricht. Het inmiddels ingetrokken ontwerp voor Titel 7.13 stelde de opheffing van het onderscheid tussen de openbare maatschap en de vennootschap onder firma in het vooruitzicht, waardoor vrije beroepsbeoefenaren hoofdelijk aansprakelijk zouden worden voor (onder meer) beroepsfouten van hun vennoten (behoudens disculpatie wegens overmacht). Het beeld is dat dit vooruitzicht voor veel vrije beroepsbeoefenaren (mede) grond is geweest om een andere rechtsvorm te kiezen voor hun beroepsuitoefening (NV/BV of coöperatie).

6. Acht u het wenselijk dat de wet voorziet in een personenvennootschap waarbij, ook indien wordt gehandeld onder gemeenschappelijke naam, de maten/vennoten – behoudens volmacht - alleen zichzelf en niet de medevennoten persoonlijk verbinden?
- ☐ In mijn praktijk niet relevant
  - ☐ Ja
  - ☐ Neen

#### **Onderscheid beroep - bedrijf**

7. Of de personenvennootschap als maatschap dan wel als vennootschap onder firma kwalificeert, hangt mede af van of de samenwerking de uitoefening van een beroep betreft, dan wel het voeren van een bedrijf. Een samenwerking tot



uitoefening van een *bedrijf* onder een gemeenschappelijke naam is een vennootschap onder firma. Betreft het de uitoefening van een *beroep* onder een gemeenschappelijke naam, dan is dit een maatschap. Een scherpe grens tussen wat valt onder beroep en wat valt onder bedrijf, is niet steeds scherp te trekken. Ondervindt u in de praktijk problemen van deze vage grens en zo ja wat zijn die problemen?

- Neen, geen problemen
- Ja, namelijk:

---

---

---

### Samenwerking onder gemeenschappelijke naam

Naar het huidige recht is voor de kwalificatie van een personenvennootschap als maatschap dan wel vennootschap onder firma mede bepalend of de samenwerking geschiedt onder gemeenschappelijke naam of niet. Vooral wanneer naar buiten toe kenbaar is dat er sprake is van een samenwerkingsverband, is niet steeds helder of er sprake is van handelen onder gemeenschappelijke naam of niet. Dit onderscheid wint aan belang indien de openbare maatschap op een aantal punten gelijk gesteld zou worden met de vennootschap onder firma.

8. Acht u het te prefereren dat op dit punt een open norm ('verkeersopvattingen') blijft gelden of dat een, eventueel strikte maar, duidelijke norm zou worden gehanteerd. Bijvoorbeeld: uitsluitend indien de namen van de vennoten, inclusief initialen en met vermelding van hun beroep, worden gevoerd is geen sprake van handelen onder gemeenschappelijke naam (J.P. Karelse, K.D. Eybers, Huisartsen); In alle andere gevallen wel (bijvoorbeeld: J.P. Karelse & K.D. Eybers Huisartsen).

- Open norm
- Duidelijke (eventueel strikte) norm
- Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

### Afgescheiden vermogen

9. Naar huidige recht hebben de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap een afgescheiden vermogen. Het afgescheiden vermogen kenmerkt zich *onder meer* doordat:
- crediteuren van de vennootschap als zodanig verhaal kunnen nemen op het vennootschappelijk vermogen, ook indien sedert het ontstaan van hun

vordering, andere vennoten deelgerechtigd zijn geworden in het vennootschappelijk vermogen;

- zaakscrediteuren hebben een preferente positie op het vennootschappelijk vermogen boven privécrediteuren van de vennoten. Privécrediteuren van de vennoten kunnen geen verhaal nemen op het vennootschappelijk vermogen, zolang althans de vennootschap niet is ontbonden;
- verrekening van privéschulden van een vennoot met vennootschapsvorderingen niet mogelijk is.

Het afgescheiden vermogen is door de Hoge Raad onder meer beargumenteerd op rechtshistorische gronden en vanuit het belang van het handelsverkeer. Anderzijds brengt het mee dat de paritas creditorum wordt doorbroken doordat zakelijke (vennootschaps)crediteuren in een gunstiger positie verkeren dan andere crediteuren.

Acht u – alles afwegende - continuering van het afgescheiden vermogen wenselijk?

- ☐ Ja
- ☐ Neen
- ☐ Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

Onduidelijk is of naar geldend recht ook de openbare maatschap een afgescheiden vermogen heeft.

10. Acht u het – alles afwegende - wenselijk dat elke personenvennootschap (dus ook de maatschap) die onder een gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt een afgescheiden vermogen heeft?

- ☐ Ja
- ☐ Neen
- ☐ Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

11. Acht u het – alles afwegende - wenselijk dat ook de stille maatschap (die dus niet onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt en waarvan het bestaan voor derden dus niet kenbaar behoeft te zijn) een afgescheiden vermogen heeft?

- ☐ Ja
- ☐ Neen
- ☐ Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

### **Societas Leonina**

12. Acht u een dwingendrechtelijk verbod op een beding krachtens welke een vennoot wordt uitgesloten van de winst ('Societas Leonina') wenselijk?

- ☐ Ja
- ☐ Neen
- ☐ Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

13. Zo ja, moet dit verbod ook gelden ten aanzien van vennoten die bijvoorbeeld geld of goederen, maar *geen* arbeid inbrengen (vgl. winstrechtloze aandelen in de flex-BV)?

- ☐ Ja
- ☐ Neen
- ☐ Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

### **Beheersverbod voor de commanditaire vennoot**

Naar huidig recht gelden er restricties voor een commanditaire vennoot om namens de vennootschap rechtshandelingen te verrichten ('beheersverbod'). Deze restricties houden verband met het feit dat de commanditaire vennoot niet persoonlijk verbonden is voor verbintenissen van de commanditaire vennootschap. Naar het huidig recht is het een commanditaire vennoot niet toegestaan, zelfs niet krachtens volmacht, om handelingen op naam van de vennootschap te verrichten.

Over het toepassingsbereik van het verbod bestaat verschil van inzicht: (i) het verbod zou zich ook moeten uitstrekken tot situaties waarin de commanditaire vennootschap feitelijk het handelen van (een of meer) beherend vennoten bepaalt (ontwerp titel 7.13 Maeijer); dan wel (ii) de reikwijdte van het verbod zou moeten worden ingeperkt (bijvoorbeeld: het verbod strekt zich niet uit tot handelingen die

de commanditaire vennoot expliciet in hoedanigheid van gevolmachtigde verricht (ontwerp titel 7.13 Van der Grinten)).

14. Acht u handhaving van het ‘beheersverbod’ wenselijk?

- ☐ Neen
- ☐ Ja, ongewijzigde handhaving is wenselijk
- ☐ Ja, zij het dat het zou moeten worden uitgebreid
- ☐ Ja, zij het dat het zou moeten worden ingeperkt
- ☐ Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

### **Rechtsbevoegdheid-rechtspersoonlijkheid voor het vermogensrecht**

Naar huidig recht kan een personenvennootschap als zodanig geen rechthebbende zijn van goederen (de goederenrechtelijke gerechtigdheid berust bij een of meer vennoten). In verscheidene buitenlandse rechtsstelsels bestaat die mogelijkheid wel (ook ten aanzien van registergoederen en rechten/aandelen op naam). Personenvennootschappen kunnen bijvoorbeeld als uitdrukkelijk als rechtsbevoegd worden aangemerkt of rechtspersoonlijkheid hebben.

15. Ervaart u het ontbreken van goederenrechtelijke rechtsbevoegdheid c.q. rechtspersoonlijkheid voor de personenvennootschap als een knelpunt?

- ☐ Ja
- ☐ Neen
- ☐ Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

16. Indien u de vorige vraag bevestigend hebt beantwoord, wat ziet u dan als het/de belangrijkste voordeel/voordelen?

- ☐ Bij een wisseling van vennoten (toe- en uittreden) hoeft niet telkens een overdracht van onverdeelde aandelen in de gemeenschappelijke goederen plaats te vinden: het vennootschappelijk vermogen behoort toe aan de vennootschap als zodanig
- ☐ Duidelijker afscherming van het vennootschappelijk vermogen van het privévermogen van de vennoten
- ☐ Meer duidelijkheid positie commanditaire vennoot (betreffende het al dan niet in privé mede gerechtigd zijn tot het vennootschappelijk vermogen)

- Anders, namelijk:

---

---

---

17. Indien u vraag 15 ontkennend heeft beantwoord, wat zijn daarvoor uw belangrijkste argumenten? U kunt meerdere alternatieven aankruisen.

- De huidige situatie voldoet prima
- Het introduceren van vermogensrechtelijke rechtsbevoegdheid c.q. rechtspersoonlijkheid compliceert de zaken
- Anders, namelijk:

---

---

---

18. Indien u een voorstander bent van het toekennen van vermogensrechtelijke rechtsbevoegdheid c.q. rechtspersoonlijkheid, zou dit dan moeten toekomen aan:

- elke personenvennootschap
- elke personenvennootschap die onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt (dus niet de stille maatschap)
- alleen de personenvennootschap (m.u.v. de stille maatschap) die als zodanig is ingeschreven in het handelsregister
- alleen de personenvennootschap (m.u.v. de stille maatschap) die notarieel is vastgelegd
- anders, namelijk.....
- Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

#### Andere kwesties

19. Zijn er knelpunten of problemen de huidige regeling van de personenvennootschap die hierboven niet aan de orde zijn geweest?

- Ja (gaarne toelichten)
- Neen
- Geen mening

Toelichting (optioneel):

---

---

---

### **Persoonlijke gegevens**

In welke sector bent u werkzaam?

- ☐ Advocatuur
- ☐ Notariaat
- ☐ Industrie
- ☐ Detail/groothandel
- ☐ Gezondheidszorg
- ☐ Land- en tuinbouw
- ☐ Financiële dienstverlening
- ☐ Fiscaliteit
- ☐ Anders, namelijk:

---

---

---

Dit onderzoek is anoniem. Indien u uw contactgegevens geeft, stelt u ons in de gelegenheid om indien daartoe aanleiding is met u contact op te nemen over een of meer van onderwerpen die in deze questionnaire en u te informeren over de uitkomsten van het onderzoek.

Dit onderzoek is anoniem. Indien u uw contactgegevens geeft, stelt u ons in de gelegenheid om indien daartoe aanleiding is met u contact op te nemen over een of meer van onderwerpen die in deze questionnaire, en u te informeren over de uitkomsten van het onderzoek en u desgewenst een uitnodiging voor het congres toe te zenden.

Naam: \_\_\_\_\_

Emailadres: \_\_\_\_\_

Telefoonnummer: \_\_\_\_\_

Ik wens wel/geen uitnodiging voor het ZIFO congres op 14 juni 2012 te ontvangen

Hartelijk dank voor uw medewerking aan dit onderzoek

## Bijlage 2

### Onderzoeksresultaten Questionnaire 2012

Statistieken		
Naam formulier	ZIFO_questionnaire_personenvennootschappen	
Titel formulier		
Gebruiker	Admin, Rechtsgeleerheid	
Aantal vragen	22	
Totaal aantal ingevuld	264	

<b>1. 1. Kunt u aangeven om welke redenen in uw praktijk – afgezien van de fiscaliteit - een personenvennootschap wordt verkozen boven een BV of NV?</b> Hieronder volgt bij wijze van voorbeeld een aantal redenen, maar het staat u vrij om er andere aan toe te voegen (meerdere antwoorden mogelijk):		
<input type="checkbox"/> (Type vraag: Meerkeuze, meer antwoorden)		
Antwoord	Aantal	Percentage
In mijn praktijk niet relevant	34	13.08 %
Grotere vrijheid van inrichting (nauwelijks wettelijke beperkingen ten aanzien van de inhoud van afspraken en de modaliteiten daarvan)	141	54.23 %
Geen of althans minder formaliteiten (gemakkelijk op te richten of afspraken aan te passen)	155	59.62 %
Afwezigheid taalvoorschrift	8	3.08 %
Afwezigheid formele liquidatie procedure (gemakkelijk 'op te ruimen')	43	16.54 %
Goedkoper (minder kosten bij oprichting, aanpassing, opheffing etc.)	116	44.62 %
Minder belemmeringen bij het doen van uitkeringen/terugbetalen van inleg	85	32.69 %
Anders, namelijk...	37	14.23 %
<b>Aantal respondenten</b>	<b>260</b>	

<b>2. 2. Kunt u aangeven om welke redenen in uw praktijk – afgezien van de fiscaliteit - een NV/BV wordt verkozen boven een personenvennootschap?</b> Hieronder volgt bij wijze van voorbeeld een aantal redenen, maar het staat u vrij om er andere aan toe te voegen (meerdere antwoorden mogelijk):		
<input type="checkbox"/> (Type vraag: Meerkeuze, meer antwoorden)		
Antwoord	Aantal	Percentage
In mijn praktijk niet relevant	17	6.54 %
Afscherming van persoonlijke aansprakelijkheid	210	80.77 %
Rechtspersoonlijkheid (afscherming zakelijk vermogen van privé vermogen van de vennoten)	214	82.31 %
Notariële tussenkomst bij oprichting en (statuten)wijziging	26	10 %
Strak juridisch kader (Boek 2 BW) voor toekenning van zeggenschap, verdeling van bevoegdheden en totstandkoming van besluiten	44	16.92 %
Beter bekend met NV/BV dan met personenvennootschap	37	14.23 %
Anders, namelijk:	25	9.62 %
<b>Aantal respondenten</b>	<b>260</b>	

**3. 3. Verwacht u dat er naast de flex-bv belangstelling zal blijven bestaan voor de personenvennootschap?**☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Ja (graag toelichten)	195	74.71 %
Nee (graag toelichten)	21	8.05 %
Geen mening	45	17.24 %
Aantal respondenten	261	

**4. 4. Hoe luidt uw antwoord op de vorige vraag indien ten aanzien van de BV voor fiscale transparantie zou kunnen worden geopteerd?**☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Geen verandering	88	33.98 %
Minder belangstelling voor de personenvennootschap	134	51.74 %
Geen belangstelling meer voor de personenvennootschap	14	5.41 %
Geen mening	23	8.88 %
Aantal respondenten	259	

**5. 5. Het huidige recht ten aanzien van de personenvennootschap kent weinig dwingend recht. Acht u dit bezwaarlijk of juist een winstpunt van de huidige regeling?**☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Dat is een winstpunt	220	83.65 %
Dat is bezwaarlijk	19	7.22 %
Geen mening	24	9.13 %
Aantal respondenten	263	

**6. 6. Acht u het wenselijk dat de wet voorziet in een personenvennootschap waarbij, ook indien wordt gehandeld onder gemeenschappelijke naam, de maten/vennoten – behoudens volmacht - alleen zichzelf en niet de medevennoten persoonlijk verbinden?**☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Ja	125	47.89 %
Nee	94	36.02 %
In mijn praktijk niet relevant	42	16.09 %
Aantal respondenten	261	



7. 7. Of de personenvennootschap als maatschap dan wel als vennootschap onder firma kwalificeert, hangt mede af van of de samenwerking de uitoefening van een beroep betreft, dan wel het voeren van een bedrijf. Een samenwerking tot uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam is een vennootschap onder firma. Betreft het de uitoefening van een beroep onder een gemeenschappelijke naam, dan is dit een maatschap. Een scherpe grens tussen wat valt onder beroep en wat valt onder bedrijf, is niet steeds scherp te trekken.

Ondervindt u in de praktijk problemen van deze vage grens en zo ja wat zijn die problemen?

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Nee, geen problemen	169	65.50 %
Ja, namelijk:	89	34.50 %
Aantal respondenten	258	

8. 8. Acht u het te prefereren dat op dit punt een open norm ('verkeersopvattingen') blijft gelden of dat een, eventueel strikte maar, duidelijke norm zou worden gehanteerd.  
Bijvoorbeeld: uitsluitend indien de namen van de vennoten, inclusief initialen en met vermelding van hun beroep, worden gevoerd is geen sprake van handelen onder gemeenschappelijke naam (J.P. Karelse, K.D. Eybers, Huisartsen); In alle andere gevallen wel (bijvoorbeeld: J.P. Karelse & K.D. Eybers Huisartsen).

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Open norm	79	30.38 %
Duidelijke (eventueel strikte) norm	149	57.31 %
Geen mening	32	12.31 %
Aantal respondenten	260	

9. 9. Naar huidig recht hebben de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap een afgescheiden vermogen.

Het afgescheiden vermogen kenmerkt zich onder meer doordat:

- crediteuren van de vennootschap als zodanig verhaal kunnen nemen op het vennootschappelijk vermogen, ook indien sinds het ontstaan van hun vordering, andere vennoten deelgerechtigd zijn geworden in het vennootschappelijk vermogen;
- zaakscrediteuren een preferente positie hebben op het vennootschappelijk vermogen boven privécrediteuren van de vennoten. Privécrediteuren van de vennoten kunnen geen verhaal nemen op het vennootschappelijk vermogen, zolang althans de vennootschap niet is ontbonden;
- verrekening van privéschulden van een vennoot met vennootschapsvorderingen niet mogelijk is.

Het afgescheiden vermogen is door de Hoge Raad onder meer beargumenteerd op rechtshistorische gronden en vanuit het belang van

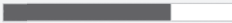
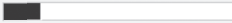
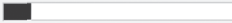
het handelsverkeer. Anderzijds brengt het mee dat de paritas creditorum wordt doorbroken doordat zakelijke (vennootschaps)crediteuren in een gunstiger positie verkeren dan andere crediteuren. Acht u - alles afwegende - continuering van het afgescheiden vermogen wenselijk?

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Ja	208	79.69 %
Nee	32	12.26 %
Geen mening	21	8.05 %
Aantal respondenten	261	



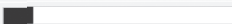
10. 10. Onduidelijk is of naar geldend recht ook de openbare maatschap een afgescheiden vermogen heeft. Acht u het – alles afwegende - wenselijk dat elke personenvennootschap (dus ook de maatschap) die onder een gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt een afgescheiden vermogen heeft?

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Ja	187	72.48 % 
Nee	41	15.89 % 
Geen mening	30	11.63 % 
Aantal respondenten	258	

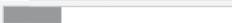
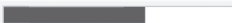
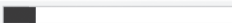
11. 11. Acht u het – alles afwegende - wenselijk dat ook de stille maatschap (die dus niet onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt en waarvan het bestaan voor derden dus niet kenbaar behoeft te zijn) een afgescheiden vermogen heeft?

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Ja	91	35 % 
Nee	136	52.31 % 
Geen mening	33	12.69 % 
Aantal respondenten	260	



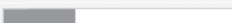
12. 12. Acht u een dwingendrechtelijk verbod op een beding krachtens welke een vennoot wordt uitgesloten van de winst ('Societas Leonina') wenselijk?

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Ja	66	25.19 % 
Nee	159	60.69 % 
Geen mening	37	14.12 % 
Aantal respondenten	262	



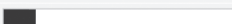
13. 13. Zo ja, moet dit verbod ook gelden ten aanzien van vennoten die bijvoorbeeld geld of goederen, maar geen arbeid inbrengen (vgl. winstrechtloze aandelen in de flex-BV)?

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Ja	41	20.92 % 
Nee	95	48.47 % 
Geen mening	60	30.61 % 
Aantal respondenten	196	

14. 14. Acht u handhaving van het 'beheersverbod' wenselijk?

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Nee	25	9.65 % 
Ja, ongewijzigde handhaving is wenselijk	117	45.17 % 
Ja, zij het dat het zou moeten worden uitgebreid	35	13.51 % 

Ja, zij het dat het zou moeten worden ingeperkt	60	23.17 %	<div><div></div></div>
Geen mening	22	8.49 %	<div><div></div></div>
<b>Aantal respondenten</b>	<b>259</b>		

**15. 15. Ervaart u het ontbreken van goederenrechtelijke rechtsbevoegdheid c.q. rechtspersoonlijkheid voor de personenvennootschap als een knelpunt?**

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage	
Ja	167	64.23 %	<div><div></div></div>
Nee	72	27.69 %	<div><div></div></div>
Geen mening	21	8.08 %	<div><div></div></div>
<b>Aantal respondenten</b>	<b>260</b>		

**16. 16. Indien u de vorige vraag bevestigend hebt beantwoord, wat ziet u dan als het/de belangrijkste voordeel/voordelen?**

☐ (Type vraag: Meerkeuze, meer antwoorden)

Antwoord	Aantal	Percentage	
Bij een wisseling van vennoten (toe- en uitreden) hoeft niet telkens een overdracht van onverdeelde aandelen in de gemeenschappelijke goederen plaats te vinden: het vennootschappelijk vermogen behoort toe aan de vennootschap als zodanig	158	74.18 %	<div><div></div></div>
Duidelijker afscherming van het vennootschappelijk vermogen van het privévermogen van de vennoten	104	48.83 %	<div><div></div></div>
Meer duidelijkheid positie commanditaire vennoot (betreffende het al dan niet in privé mede gerechtigd zijn tot het vennootschappelijk vermogen)	38	17.84 %	<div><div></div></div>
Ik heb de vorige vraag niet bevestigend beantwoord	47	22.07 %	<div><div></div></div>
Anders, namelijk:	15	7.04 %	<div><div></div></div>
<b>Aantal respondenten</b>	<b>213</b>		

**17. 17. Indien u vraag 15 ontkennend heeft beantwoord, wat zijn daarvoor uw belangrijkste argumenten? U kunt meerdere alternatieven aankruisen.**

☐ (Type vraag: Meerkeuze, meer antwoorden)

Antwoord	Aantal	Percentage	
De huidige situatie voldoet prima	54	27 %	<div><div></div></div>
Het introduceren van vermogensrechtelijke rechtsbevoegdheid c.q. rechtspersoonlijkheid compliceert de zaken	27	13.50 %	<div><div></div></div>
Ik heb vraag 15 niet ontkennend beantwoord	110	55 %	<div><div></div></div>
Anders, namelijk:	10	5 %	<div><div></div></div>
<b>Aantal respondenten</b>	<b>200</b>		

**18. 18. Indien u een voorstander bent van het toekennen van vermogensrechtelijke rechtsbevoegdheid c.q. rechtspersoonlijkheid, dan zou dit moeten toekomen aan:**

☐ (Type vraag: Meerkeuze, meer antwoorden)

Antwoord	Aantal	Percentage
Elke personenvennootschap	29	11.89 %
Elke personenvennootschap die onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt (dus niet de stille maatschap)	53	21.72 %
Alleen de personenvennootschap (m.u.v. de stille maatschap) die als zodanig is ingeschreven in het handelsregister	57	23.36 %
Alleen de personenvennootschap (m.u.v. de stille maatschap) die notarieel is vastgelegd	71	29.10 %
Geen mening	23	9.43 %
Ik ben geen voorstander van het toekennen van vermogensrechtelijke rechtsbevoegdheid c.q. rechtspersoonlijkheid	32	13.11 %
anders, namelijk.....	4	1.64 %
<b>Aantal respondenten</b>	<b>244</b>	

**19. 19. Zijn er knelpunten of problemen de huidige regeling van de personenvennootschap die hierboven niet aan de orde zijn geweest?**

☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)



Antwoord	Aantal	Percentage
Ja (graag toelichten)	32	12.80 %
Nee	130	52 %
Geen mening	88	35.20 %
<b>Aantal respondenten</b>	<b>250</b>	

**20. In welke sector bent u werkzaam?**


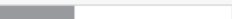
☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Notariaat	65	24.90 %
Advocatuur	12	4.60 %
Industrie	15	5.75 %
Detail/groothandel	1	0.38 %
Gezondheidszorg	3	1.15 %
Land- en tuinbouw	3	1.15 %
Financiële dienstverlening	15	5.75 %
Accountancy	26	9.96 %
Fiscaliteit	100	38.31 %
Anders.....	18	6.90 %
Overig	3	1.1494 %
<b>Aantal respondenten</b>	<b>261</b>	

**21. Wilt u een uitnodiging ontvangen voor het ZIFO congres op 14 juni 2012?**☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Ja	76	31.28 % 
Nee	167	68.72 % 
Aantal respondenten	243	

**22. Wilt u geïnformeerd worden over de uitkomsten van het onderzoek?**☐ (Type vraag: Meerkeuze, één antwoord)

Antwoord	Aantal	Percentage
Ja	166	67.76 % 
Nee	79	32.24 % 
Aantal respondenten	245	

In de ZIFO-reeks verschenen:

1. **Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?**  
*Bestuurspraak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW*  
prof. mr. J.B. Huizink, mr. J.M. de Jongh, prof. mr. W.J.M. van Veen,  
prof. mr. A.F. Verdam
2. **Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit**  
prof. mr. W.J.M. van Veen
3. **Wie is de aandeelhouder?**  
Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen  
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. T.J.C. Klein Bronsvort,  
prof. mr. E.P.M. Vermeulen, prof. mr. A.F. Verdam
4. **Crisiswetgeving voor financiële instellingen en ondernemingen**  
dr. A.H.E.M. Wellink, mevr. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M.W. den Boogert,  
mr. R.P.B. van Outersterp, prof. mr. C.E. du Perron, prof. mr. A.F. Verdam,  
prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers. Met een inleiding van Prof. mr. W.J.M. van Veen
5. **De implementatie van de AIFM Richtlijn**  
mr. N.B. Spoor, mr. M. Tausk, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. R.P. Raas
6. **Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen**  
*Tribuut aan Jaap Bellingwout*  
mr. G.F. Boulogne en mr. L.J.A. Pieterse (red.)
7. **Ontwikkelingen rond pensioenen en pension fund governance**  
Onder redactie van prof. mr. A.F. Verdam, met bijdragen van: prof. dr. E. Lutjens,  
prof. mr. R.H. Maatman, mr. A.G. van Marwijk Kooy en mr. S.W.A.M. Visée.
8. **Postmoderne rechtsvormen**  
*Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht*  
Mr. F. van Horzen en prof. mr. J.W. Bellingwout, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers,  
mr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. W.J.M. van Veen en prof. mr. I.S. Wuisman.

